

**CURSO ELEMENTAL DE
DERECHO DE GENTES**





MINISTERIO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA Y PREVISIÓN SOCIAL

BIBLIOTECA ARTIGAS

Art 14 de la Ley de 10 de agosto de 1950

COMISION EDITORA

Prof. JUAN E PIVEL DEVOTO

Ministro de Instrucción Pública

MARÍA JULIA ARDAO

Directora Interina del Museo Histórico Nacional

DIONISIO TRILLO PAYS

Director de la Biblioteca Nacional

JUAN C GÓMEZ ALZOLA

Director del Archivo General de la Nación

Vol 115

GREGORIO PÉREZ GOMAR

CURSO ELEMENTAL DE DERECHO DE GENTES

Preparación de la edición y cuidado del texto a cargo del
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES del MUSEO HISTÓRICO
NACIONAL

GREGORIO PEREZ GOMAR

**CURSO ELEMENTAL DE
DERECHO DE GENTES**

TOMO I

**MONTEVIDEO
1967**



CURSO ELEMENTAL
DE
DERECHO DE GENTES

precedido de una Introducción

SOBRE EL DERECHO NATURAL

POR

GREGORIO PEREZ GOMAR,

Catedrático del ramo, en la Facultad de Jurisprudencia
de la Universidad de la República.

TOMO I.

MONTEVIDEO

Imprenta tipográfica á vapor, calle de las Cámaras número 41.

1864.

Instituto Nacional del Libro

MONTEVIDEO ●

ESTADO ●

A D V E R T E N C I A

Este es el libro 1.º del curso del Derecho de Gentes, cuya introducción la forman las CONFERENCIAS SOBRE EL DERECHO NATURAL que anteriormente hemos dado a luz; si se nos acuerda alguna protección de parte del público a quien dedicamos nuestros esfuerzos, daremos a luz sucesivamente los otros libros que completan dicho curso y que abrazarán los principios del derecho público internacional en tiempo de guerra, el derecho internacional privado y un resumen histórico, procurando que todo sea adaptado a las necesidades de América y en particular a las nuestras. Por esta razón nos detenemos más en las cuestiones que directamente nos afectan o pueden afectarnos. Si nuestros estudios son o no útiles a nuestros conciudadanos, no lo podemos decir, pero *la sola posibilidad de que puedan serles útiles* nos estimula a hacerlos y a darlos al público, persuadidos de que la crítica, por implacable que sea contra sus defectos, reconocerá la sinceridad del móvil. Si alguna utilidad pueden producir, si nuestra Patria recibe en ellos un homenaje que le sea grato, la dicha a que aspiramos en este mundo estará satisfecha . .

Debemos consignar aquí la expresión de nuestra gratitud hacia nuestro amigo y compatriota el Dr.

D. Idelfonso García Lagos, que con una generosidad extrema, nos ha franqueado su biblioteca y ayudado con traducciones importantísimas de algunos autores ingleses y norte-americanos, de cuyas autoridades solemos hacer uso.

Montevideo, julio 29 de 1864.

CURSO ELEMENTAL
DE
DERECHO DE GENTES
NOCIONES PRELIMINARES

1. — *Definición del Derecho Público
Internacional.*

El estudio del derecho natural nos ha demostrado que él, como que es el designio de la Providencia sobre la humanidad, la justicia misma, que se revela por el sentimiento de la conciencia y por las ideas de la razón, es el único derecho, porque su fin es el fin único de todo ser humano en el conjunto de sus relaciones, que los demás propósitos no son sino puntos especiales que están en la misma dirección, objetos particulares que se comprenden en ese gran objeto general, de manera que el derecho civil, el derecho político, etc, no son sino aplicaciones de los principios del derecho natural. Del mismo modo el derecho internacional, que por referirse a las relaciones de las naciones, no se propone por eso un fin que no esté comprendido en el fin absoluto de la justicia.

Según esto, si en el derecho civil tomamos a los individuos como las personalidades que son el su-

jeto de las relaciones, en el derecho internacional tomamos otras personalidades y son esos conjuntos independientes que por gobernarse y dirigirse a sí mismos, merecen ese nombre de *personalidades* y son responsables de sus hechos, *tienen acciones imputables* (1), que no las tienen los conjuntos que, por estar sometidos a otros, no los consideramos como naciones ni como personalidades en el derecho internacional.

Pasando a este derecho, no cambia el objeto, que es siempre la justicia, pero cambia el sujeto, que son las naciones y este cambio, si bien no altera el principio, causa especialidad en su aplicación, y esta especialidad no es otra que la especialidad de las relaciones, que en este caso son políticas y superiores, por versarse sobre prestaciones generales de grande importancia.

Según esto podemos definir el derecho internacional diciendo: que es la aplicación de los principios naturales y admitidos por las naciones civilizadas e independientes para arreglar sus diferencias y decidir los conflictos entre las leyes y usos que las rigen. (2)

Decimos *la aplicación de los principios naturales* para demostrar que no tenemos otra regla esencial que el derecho natural, como justicia inmutable, y agregamos *admitidas por las naciones civilizadas* porque como esos principios sólo se revelan por la conciencia y la razón, no basta la conciencia y la razón individual, sino universal;

(1) Derecho natural, 39.

(2) Foelix. - Droit international privé.

con la palabra *admitidas*, más bien que una condición esencial de la justicia, expresamos una condición de su promulgación, de acuerdo con lo que explicamos en el derecho natural (3). No basta pues, que haya un principio admitido generalmente para ser obligatorio, es menester además que sea justo, que no contradiga el derecho de alguna personalidad o potencia. Y decimos en la definición *naciones civilizadas*, para expresar que hablamos de las que se hallan en la *unidad de fines* reconocido en un mismo propósito (4), porque sólo de la unidad así entendida, nace la coincidencia de principios. Las tribus salvajes, desconociendo toda aspiración humanitaria, no son sujetos del derecho internacional; si bien deben las naciones procurar que se civilicen y vengan a la unidad, no pueden sancionar su barbarie admitiéndolas en la relación del derecho. Por último decimos que esta aplicación es para arreglar sus diferencias y conflictos, porque sólo así irán al fin de la justicia, que sólo se manifiesta en la paz y en la armonía de todas (5), porque sólo la paz es el estado de justicia.

II. Como han creído algunos filósofos que podían considerarse las naciones entre sí y en su conjunto.

Algunos políticos y filósofos han creído posible que las naciones independientes, formasen una

(3) Derecho natural 26, 27, 28.

(4) Idem 6, 9, 10, 11

(5) Derecho natural 105, 106.

asociación o confederación, de manera que quedasen sometidas a un congreso y obligadas a un derecho más positivo, como medio de conservar la paz y de que todas se dirijan a un mismo fin.

En 1745 el abate de Saint-Pierre, publicó una obra bastante extensa con el objeto de explicar y desarrollar el plan de una gran confederación de naciones, proyecto que atribuye a Enrique IV de Francia y a su ministro Sully, con el objeto de obtener el equilibrio europeo, alterado con la preponderancia que había adquirido la casa de Austria.

Basado en ese precedente, el abate de Saint-Pierre, proponía como el medio de garantir mejor los tratados de paz concluidos en Utrecht, 1.º una alianza general entre todas las potencias cristianas; 2.º Una contribución general para atender a los gastos de esta alianza; 3.º Renunciar a hacerse la guerra; 4.º Convenio de sujetarse a la fidelidad y de que se compeliere por la fuerza a la potencia que desconociese después la alianza; 5.º Erección de un congreso legislativo que dirigiese los asuntos comunes de la asociación (1).

Poco después Rousseau, publicó otra obra con el título de *Extracto del proyecto de paz perpetua* en que desarrollaba el mismo plan y recomendaba su practicabilidad.

Bentham, consecuente con su sistema de la utilidad, propuso del mismo modo un congreso general, que dictase un código basado en la utilidad de todas las naciones.

(1) Wheaton - Hist. del derecho de gentes.

“Por último, dice Wheaton, los escritores filósóficos de la escuela alemana han tratado de profundizar la teoría del derecho internacional, considerado como parte de la jurisprudencia o ciencia de las leyes en general. El célebre filósofo Kant propuso, en 1795 poco tiempo después de la paz de Basilea, su proyecto de paz perpetua, basado sobre la misma idea de una confederación de las naciones de Europa, representado por un congreso permanente, que hemos visto ya sucesivamente enunciado en el siglo precedente por Saint-Pierre, Rousseau y Bentham. Kant desarrolla esta idea proponiendo como primera condición de la paz perpetua, que la Constitución de cada estado debe ser republicana, es decir, como él la define, esa forma de Gobierno en que cada ciudadano concurre por sus representantes a la confección de las leyes y a decidir la cuestión de si se hará o no la guerra. Así es que, dice, decretar la guerra, es para los ciudadanos decretar contra sí mismos todas las calamidades y cargos de la guerra, mientras que en el Gobierno absoluto la guerra es fácil de decretarse porque no cuesta al jefe ningún sacrificio”. (2)

Bajo esta base Kant establece la necesidad de una confederación de naciones libres: —“En el orden actual, dice, el estado de la naturaleza que existe entre las naciones no es un estado de paz; es un estado de guerra, si no abierta, al menos siempre pronta a estallar. A falta de un poder coactivo, el código enseñado por los pu-

(2) Wheaton, lugar citado.

“blicistas a las naciones no ha tenido jamás fuerza de ley. El campo de batalla es el único tribunal en que los Estados defienden sus derechos; pero la victoria, haciéndoles ganar el pleito, no decide en favor de sus causas”.

De manera pues, que entre los pensadores, no faltan algunos que creen posible la reducción del derecho internacional, a un derecho civil o político, dada la subordinación de las naciones a una autoridad común.

III. — Cómo las consideramos nosotros

Pero la idea de autoridad humana es muy pobre y limitada para armonizar las aspiraciones de conjuntos tan superiores y tan independientes por sí mismos; que una nación en sus relaciones internas se subordine a una autoridad humana puede concebirse, por la naturaleza misma de esas relaciones que se hacen individuales, pero que ellas en lo relativo a los conjuntos libres, vengan a depender del juicio de un congreso, es rebajar en vez de enaltecer la aspiración humanitaria, que no debe reconocer otro superior inmediato sino Dios.

Además, la paz no depende de la subordinación, sino de la perfección, y el proyecto de los filósofos, no haría sino dar a las guerras un carácter especial, haciéndolas un medio justo de conseguir el fin de la obediencia a las resoluciones

del congreso general; luego en vez de ir a la paz perpetua, se iría a justificar la guerra por una reglamentación que siempre la haría lícita contra la nación que no quisiese estar más en la subordinación de las otras; la guerra sería lícita para obtener un fin que ni la conciencia ni la razón reconoce obligatorio. Es ley divina que las naciones vivan en paz, pero no que forzosamente se reúnan en una sola; luego el proyecto de paz perpetua de Saint-Pierre, Rousseau y Kant, desconoce las fuentes de las obligaciones creando otras que no existen por derecho natural y legitima la guerra como medio, condenándola como defensa.

Es por esta razón que hemos reconocido en el derecho natural, que sin perjuicio de la unidad del gran todo a que pertenece el hombre, es instintivamente llevado a formar conjuntos con sus semejantes para alcanzar fines comunes y que esta tendencia lejos de ser contraria a la unidad es armónica a ella, porque del crecimiento de esos conjuntos y de sus recíprocas relaciones puede llegarse a un fin común, a un mismo resultado (1).

La unidad no es para nosotros la existencia de una sola asociación; en la sociedad civil, hallamos comprendidas las asociaciones de la familia, de la religión, del municipio y del Estado y esta multiplicidad de asociaciones lejos de llevarnos a distintos fines, nos empujan a uno solo, la justicia. En la humanidad del mismo modo, pueden existir las naciones independientes y dirigirse bajo

(1) Derecho natural, 115.

la ley de Dios; sus guerras son como las infracciones del derecho civil, excepciones, que si llegan a ser menos frecuentes y aun a desaparecer, lo serán por el estado de perfección en las personalidades y no por reglamentaciones arbitrarias.

Así es que consideramos a la humanidad en conjuntos independientes de toda autoridad humana, no como fenómeno casual o embrionario, sino como condición de las personalidades de esas naciones, superiores en sí a toda autoridad humana, porque no puede suponerse autoridad inferior a los subordinados y si entre Dios y la humanidad debiese de haber un agente intermedio, Dios en su sabiduría y preciencia absoluta, hubiese creado una categoría de seres superiores al hombre para gobernar a la humanidad.

Las naciones forman pues, una asociación más firme y eterna que la que formarían ellas por una reglamentación o por un pacto; al frente de esa asociación está Dios y el código constitucional, es el principio eterno de justicia que ha gravado en el conjunto de todos los seres humanos.

Luego esta asociación tiene el carácter de toda asociación, es democrática (2) pues que se propone, la justicia en el fin, la igualdad en la concurrencia y la libertad en cada agente. El derecho natural se encarga de responder sobre la situación de las naciones respecto a sus relaciones; no reconoce ninguna jerarquía en ellas, la nación más fuerte y más aventajada, no goza de más derechos que la más débil y atrasada; no hay un principio

(2) Derecho natural, 15.

justo aplicable sólo a las grandes potencias y otro para las pequeñas; ante el derecho, la justicia de una no es más fuerte que la de otra, porque los argumentos de la razón no se expresan por la boca de los cañones.

Así consideramos a las naciones libres, independientes, formando por sí mismas el conjunto humanitario que nadie sino Dios puede regir, y reconocemos la estabilidad del derecho internacional.

IV — Cuál es la sanción especial del Derecho Internacional y la garantía de su cumplimiento

Ya vimos que el derecho natural tiene una sanción necesaria en la vida eterna; además el derecho internacional tiene una especial en el juicio severo de la historia, en los males que vienen necesariamente a los pueblos guerreros e inmorales. Todo pueblo conquistador decae porque consume vanamente sus elementos y todo pueblo que decae pierde su autonomía; del mismo modo todo pueblo inmoral quebranta la condición de su existencia. Ved a Roma la señora del mundo reducida hoy a ser un pueblo que solo pesa en la consideración de los destinos humanos, por tener allí su residencia el padre de la Iglesia; ved la Polonia esclavizada porque consumió su vigor en las luchas civiles y ved en fin a todos los pueblos

guerreros e injustos sentenciados a ser un día el despojo de los otros pueblos cansados de sus injusticias, conforme son hoy los opresores de otros pueblos.

Por eso ha dicho un célebre publicista (1) que la nación fuerte que abusa de otra débil, establece la jurisprudencia que más tarde otra nación puede aplicarle o que las naciones débiles reunidas o protegidas por otras fuertes pueden argüirle. Ejemplos de esto os ofrece la historia de las alianzas y coaliciones que dieron por tierra con el poder colosal de Napoleón I. Esto mismo es la garantía del cumplimiento del derecho internacional.

V. — No hay varias clases de derecho, es el mismo, pero emana inmediatamente de fuentes distintas y cuáles son estas fuentes

Nosotros no haremos divisiones del derecho internacional, porque él es el mismo, pero expresaremos las fuentes de donde emana.

1.º Directamente de la razón y de la conciencia universal como promulgación de la justicia eterna; al derecho reconocido así, llaman algunos *interno*, confundiéndolo con el simple deber moral. Pero la obligación se distingue del deber, en que éste puede ser facultativo. Así para nosotros

(1) En un artículo de "La Revue des deux Mondes"

no hay *obligación imperfecta*, toda obligación es una regla inevitable de conducta y debe entenderse que lo que se llama obligación imperfecta, no es sino el deber moral. A una nación se le puede exigir todas sus obligaciones, pero no todos sus deberes.

2.º De los tratados y convenciones, como fuentes de la obligación especial (1). Este derecho es especial para los contratantes (2), pero como demostración o doctrina puede invocarse en casos iguales. A esto llaman algunos derecho *positivo*.

3.º De los usos generales de las naciones, siendo estos usos justos, a lo cual llaman algunos derecho consuetudinario.

4.º Por último, de la autoridad de los autores, que como intérpretes del derecho hacen fuerza de ley en los puntos en que hay coincidencia y de argumentos en los que los más sensatos están de acuerdo.

No es oportuno apreciar aquí el mérito respectivo de estos autores, tarea que haremos en la historia del derecho de gentes que será el estudio que dará fin a este curso.

Los que se citan con más frecuencia son Grocio, Heinecio, Burlamaqui, Vattel, Puffendorf, Wet, Martens, Kluber, Pothier, Pardessus, y en lo moderno Phillimore, Foelix, Wheaton, etc.

(1) Derecho natural, 163, 164

(2) Idem, 165.

LIBRO PRIMERO

ESTADO DE PAZ

PARTE PRIMERA

- PERSONALIDAD DE LAS NACIONES

Carácter del sujeto de las relaciones internacionales

1. — Generalmente se toman como sinónimos las palabras *sociedad, nación, estado* (1), pero hay entre ellas distinciones políticas que debemos establecer para caracterizar bien cuales son los sujetos de las relaciones internacionales de que debemos ocuparnos.

En todo conjunto humano que, independientemente de otro, se encamina a los fines de la justicia y de la civilización, se notan dos fases de la actividad colectiva: las relaciones puramente locales e internas que tienen por objeto el bienestar, la tranquilidad y demás tareas municipales, y las relaciones internas y externas referentes al Gobierno Político. Las primeras cons-

(1) Bello - Principios de Derecho Internacional P. 1.^a, Cap. 1.^o, número 1.^o Vattel, Preliminares párrafo 1.^o. Pinheiro Ferreira, etc.

tituyen lo que propiamente debe llamarse *sociedad*, porque son fines comunes que pueden existir, aún sin otras necesidades y derechos, como sucede en las *colonias* que por ser dependientes de una *metrópoli*, carecen de relaciones políticas. Las segundas forman lo que se llama *Estado*, porque completando a la sociedad en sus necesidades superiores y generales y dándoles armónica dirección, constituyen un modo de ser propio.

La palabra *nación* abarca en su sentido sintético, esas dos fases del conjunto, porque el Estado no puede concebirse con independencia de la sociedad sino de un modo abstracto, no siendo más que la prolongación de sus necesidades y derechos, y la sociedad no puede concebirse sin el Estado sino de un modo embrionario y accidental, puesto que una sociedad no se concibe sin el crecimiento de sus necesidades y derechos, que forma el Estado.

La palabra *sociedad*, por referirse a relaciones puramente internas, no designa ni puede designar el sujeto de las *relaciones internacionales*. El Estado por sí solo, tampoco hace esa designación, porque no es esencial en él, la existencia o conservación de las relaciones externas, puesto que varios estados pueden reunirse o confederarse ⁽²⁾, haciendo común la atención de esas relaciones, como sucede en la Confederación Argentina y en los Estados Unidos del Norte, luego hay Estados que no pueden ser sujetos del derecho internacio-

(2) Derecho natural, número 122.



nal y esa palabra no designa fielmente la idea que tenemos de este sujeto. Menos aún la designa la palabra *nación* que abarca todo el conjunto de las relaciones municipales y políticas, internas y externas, de las que, las primeras, nada tienen que ver con el derecho internacional (3).

La idea que tenemos que expresar es la de un sujeto del todo independiente y libre, en la facultad de cometer actos imputables respecto al ejercicio de esas relaciones, y a nuestro juicio, la palabra *potencia*, introducida en el lenguaje moderno, caracteriza bien el sujeto de las relaciones internacionales, porque demuestra el poder que tiene un conjunto de relacionarse con los otros, con una libertad que garante la legitimidad y validez de sus actos.

Análisis de la idea del sujeto de las relaciones

2. — Desde que en cada Nación existe una potencia que se levanta bastante caracterizada para dirigir sus destinos, cada una es una personalidad completa, a pesar de la multiplicidad de elementos que la compone; la palabra personalidad no expresa sino la existencia de un agente que obra por sí mismo y que, aunque se reconozca subordinado a un precepto superior, depende de su inteligencia descubrirlo y de su voluntad darle cumplimiento. Todas las naciones dependen de ese precepto superior que es la justicia, pero por lo

(3) Preliminares, número 1.º.

mismo, ninguna es juez para sentenciar contra otra sobre las infracciones de ese precepto; si la infracción no perjudica los derechos de otra, debe esperarse que Dios, de quien emana ese precepto, fulminará la sanción condigna; si perjudica los derechos de alguna, esta tendrá acción para reclamar el daño pero no para someter a la otra a un castigo o para hacerla pasar por una humillación ⁽¹⁾; tal es el principio fundamental que se deriva de la situación de las naciones, como personalidades y como súbditos del precepto eterno de justicia.

Igualdad de las naciones

3. — Dado que las naciones sean personalidades, solo queda que averiguar si son de la misma naturaleza y si se hallan en la misma situación, para poder avanzar nuestras deducciones.

Los conjuntos humanos o las asociaciones son de igual naturaleza, cuando los fines que se proponen son iguales y no discrepan esencialmente en los medios ⁽¹⁾, porque esto es lo que determina su actividad; ahora bien, fuera de las tribus salvajes y de los piratas y ladrones, que no son *una potencia*, como lo hemos visto, todas las naciones se proponen la justicia en su fin y la moderación posible en los medios, luego son asociaciones todas de igual naturaleza. También se hallan en la misma situación, porque una necesita de otra;

(1) Grocio Prefacio, párrafo 25

(1) Derecho Natural, núm. 116

aunque una nación abrazase todas las zonas de la tierra y cosechase de todas las clases de sus frutos, necesitaría ofrecerlos al consumo de las otras para obtener verdaderas ventajas de su posición privilegiada; además la ciencia, la industria y los descubrimientos no son el monopolio de una sola nación y siempre en este sentido una necesitaría de otra.

Luego las naciones, unas respecto de otras se hallan en la misma situación. De aquí emana el principio de la *igualdad de las naciones* (2). Así, por distintas que sean las atribuciones que para el régimen interno asuma la potencia, fuera de ese régimen, todas tienen iguales atribuciones; el Emperador de Rusia tratará de igual a igual con el jefe demócrata de la más débil República; aunque en los tiempos antiguos los reyes y emperadores se atribuían otro rango, Cromwel y después la República Francesa, hicieron respetar la igualdad de las potencias, destruyendo esa usurpación de las monarquías (3).

Cuál es el órgano de las relaciones

4 — Sin embargo necesario es saber como están determinadas o distribuidas en una nación las atribuciones políticas, porque importa a todas conocer con certeza cual es el órgano caracteri-

(2) Vattel. Preliminares. Párrafo 18.

(3) Bello Principios de Derecho Internacional. Cap. VIII. Párrafo 2.

zado que cada potencia tiene para tratar con las otras. Esto depende de las Constituciones de cada nación, que suelen variar o modificarse; generalmente, y sin que falten excepciones que no es del caso detallar, en el Gobierno absoluto es el dictador o el autócrata quien por sí mismo o por agentes que él solo nombra, tiene el poder de tratar con las otras naciones; en el Gobierno constitucional el Poder Ejecutivo, es el órgano y las Cámaras legislativas el poder que imprime la validez a los actos de ese órgano.

Es al derecho constitucional que corresponde hacer esta determinación; en el derecho internacional, basta que de hecho o de derecho aparezca ese órgano presentándose como tal, sin contradicción caracterizada, para que sancione los actos que produzca y anude relaciones con él.

Libertad de las naciones

5. — La libertad es otro de los atributos de la personalidad de las naciones; es en virtud de esta libertad que produce actos imputables y que aparece por ellos obligada con las demás naciones. El daño que una nación cause a otra, se supone pues, causado deliberadamente y con intención de dañar, o al menos por culpa o negligencia⁽¹⁾; ese daño es en el primer caso una ofensa de que puede pedirse satisfacción, o un desprecio vitu-

(1) Grocio. De jure Bello et pacis lib. 2.º, Cap. 17, Párrafo 8.

perable, en el segundo caso, de los deberes internacionales, que si no se mira como una ofensa, se considera sin embargo una desatención suficiente para pedir la correspondiente reparación.

Si a una nación le falta accidentalmente su libertad, como por ejemplo, durante la invasión de un enemigo o la sublevación de los ciudadanos, no sería responsable de actos que ni produce, ni consiente, ni está en su mano reprimir; además de ser inícuo oprimir al oprimido, faltaría la base de toda reclamación internacional, que es la imputabilidad de la acción.

Debe ser de gran interés para todas las naciones que ninguna sufra, ni aun accidentalmente coacción en su libertad, porque solamente así existe la positiva garantía de la reparación recíproca de los daños que unas causen a otras.

Es libre pues, toda nación que se presenta como una potencia en sus relaciones externas, aunque en las internas reconozca ciertos gravámenes o cierta influencia extraña, como sucede en los Estados que pagan tributo a otros, o que reconocen una alianza desigual y gravosa, o que han formado una confederación sin renunciar a esas relaciones externas, porque estas obligaciones no impiden que tengan actos imputables; pero no es libre una nación que en esas alianzas o pactos haya enajenado en todo o en parte la facultad de dirigir sus relaciones exteriores, las reclamaciones que motivasen los actos de tal nación, tendrían que dirigirse contra el Estado que absorbe o asume el ejercicio

de la expresada facultad, como el daño que causa un menor de edad se reclama a sus padres o tutores.

*Independencia de las naciones y su
reconocimiento*

6. — Siendo las naciones, como lo hemos demostrado, iguales ante el derecho y libres en sí mismas, es claro que son y deben continuar siendo *independientes* unas de otras, porque ninguna tiene razón justa para subordinar a otra a su destino, por más ventajoso que esto le sea, y porque la libertad de una personalidad consiste precisamente en encaminarse a sus fines por los medios que más propios y conducentes le parezca.

Si la igualdad de las naciones no es sino la condición de la justicia, si la libertad de las mismas no es sino la condición de su naturaleza, la independencia no es sino la conciencia de esas dos condiciones que llega a formarse un conjunto social, su consecuente proclamación y la fuerza necesaria para consumarla. Así es que nadie es juez de la independencia de una nación, sino ella misma; proclamada y sostenida es un hecho que se reputa justo y que se reconoce como tal, porque importa asumir el ejercicio de la igualdad y de la libertad, y para las demás naciones la aparición de un nuevo agente responsable ya de sus actos.

Es por esta razón que la independencia que se proclama, debe ser notificada a las demás nacio-

nes, y es por esto también que estas deben reconocer esa independencia, puesto que es un hecho que no les perjudica, que se consuma con arreglo al derecho natural; su desconocimiento sería negar la existencia de un sujeto de las relaciones internacionales, negación no solamente absurda, sino contraria a los intereses de la nación que la hiciese.

El 4 de julio de 1776, las antiguas colonias inglesas de la América del Norte se declararon independientes, formando la actual Unión Americana. La Corte de Francia no solamente reconoció esa independencia en 1778, sino que también firmó con la nueva nación dos tratados, uno de amistad y comercio y otro de alianza defensiva eventual. Habiendo reclamado Inglaterra contra ese reconocimiento, Francia respondió con el ejemplo de la reina Isabel, que reconoció la independencia de los Países Bajos sublevados contra España en el siglo XVI, y concluyó expresando que Francia ni dependía de Inglaterra para no ver sino súbditos de ella en las colonias, ni había contraído ningún compromiso para mantenerle la integridad de sus dominios y que sólo en alguno de esos casos es que podría considerársele obligada a no reconocer un hecho necesario y facultativo de esas colonias (1).

Sabida es la contestación que el Ministro inglés M. Cannig dio al Ministro español cuando éste

(1) Wheaton, Historia de los progresos del Derecho de Gentes. 3er. Período. Párrafo 12.

reclamó también del reconocimiento de las Provincias Unidas del Río de la Plata y demás Estados americanos; esto es, que siendo un hecho esa independencia, España no podía ser ya responsable de los actos del nuevo agente; que por lo tanto solo quedaba la disyuntiva, sin ese reconocimiento, de tratarlos, como un conjunto de piratas o como una nación irresponsable; lo primero era una iniquidad porque ese conjunto era una asociación civilizada; lo segundo un absurdo, porque no puede haber agente libre que sea irresponsable de sus actos (2).

Es pues, una doctrina confirmada por los precedentes históricos la que hemos expuesto sobre la necesidad del reconocimiento de la independencia de las naciones, siempre que ella sea un hecho

Así, si una provincia se separa de la Nación, entre ésta y aquélla solamente cabe la discusión del derecho que tengan, la una para consumir la desmembración y la otra para resistirla (3), pero las demás naciones solamente deben averiguar si la desmembración es un hecho consumado, y si en la antigua provincia existe el órgano caracterizado para ella misma de las relaciones internacionales.

Del mismo modo sucede en las colonias; desde que estas asociaciones llegan a tener la conciencia de que necesitan una vida propia que reasuma el

(2) Bello, Principios de Derecho de Gentes, Cap 1.º, número 6.º.

(3) Bello, Cap. 4.º, párrafo 2.º

ejercicio de la libertad y de la independencia, tienen derecho a proclamarla, a realizarla y a que las demás naciones la reconozcan.

Derechos que se derivan de la independencia

7 — Uno de los principios más fundamentales que se derivan de la independencia, es el que reconoce a cada nación la facultad de constituirse conforme a sus deseos y creencias, la de cambiar esa constitución que se haya dado, mudar la forma de su gobierno y decretarse, en una palabra, todas las leyes orgánicas y ordinarias que más conformes considere con sus intereses; llevarlas a ejecución por los medios que arbitre y darles la aplicación judicial, interpretándolas sobre los casos ocurrentes del modo más práctico y justiciero que considere, sin que para todo esto tenga que consultar el interés de las demás naciones, explorar su voluntad o atender sus reclamos y por lo tanto, sin que estas tengan derecho a *intervenir* en esas funciones gubernativas.

Principio de la no intervención

8 — Este derecho, que podemos llamar de *no intervención*, es consecuencia tan lógica de la independencia de las naciones, que todas las reconocen en principio, e Inglaterra en el convenio que celebró con la República del Paraguay en 1863

para arreglar algunas diferencias suscitadas con motivo de la prisión de un súbdito británico, declaró expresamente que no *había sido su ánimo* intervenir en los negocios internos de esa República.

Sin embargo las naciones han intervenido frecuentemente en los negocios unas de otras; la República francesa tuvo que luchar contra un sistema de coaliciones formadas por las grandes monarquías europeas; en 1820 se encuentra la intervención de Austria, Prusia y Rusia en la revolución de Nápoles, en 1822 la de Francia en la revolución de España, en 1826 la de Inglaterra en Portugal, pero el ejemplo de la más inicua intervención es sin duda la de Rusia, Prusia y Austria en los negocios de Polonia, ocasionando la partición de su territorio en 1772, Wheaton la clasifica *como la violación más flagrante de toda justicia natural y del derecho internacional que haya tenido lugar desde que Europa ha salido de la barbarie* (1).

Estos hechos, lejos de establecer un uso justo, se citan como ejemplos de las infracciones del derecho y como prueba de que el progreso de los principios no está siempre en armonía con el de los hechos.

Así es que P. P. Foderé refiriéndose a las recientes intervenciones de Méjico y Grecia dice. "que si el principio de *no intervención* es hoy

(1) Historia de los progresos del Derecho de Gentes, 3er período, párrafo 1º.

proclamado en todos los protocolos. no se ha realizado en el dominio de los hechos (2)".

La regla es pues, la de *no intervención*; la duda está en si esta regla admite la excepción que algunos suponen en el caso de *propia seguridad y propia defensa*.

La alianza, llamada santa, entre Rusia, Austria y Prusia, a la cual posteriormente adhirió Francia, entre algunos de sus puntos convencionales de misteriosa apreciación, pretendió fijar el derecho de intervención para casos de seguridad recíproca. Gran Bretaña, invitada a concurrir a ese establecimiento, expuso en su manifiesto al cuerpo diplomático de las naciones: "Que ningún Gobierno no estaba más dispuesto que el Británico a sostener el derecho de cualquier Estado, a *intervenir*, cuando su *seguridad inmediata o sus intereses esenciales se hallasen seriamente comprometidos por los actos domésticos de otro Estado, pero que el uso de este derecho sólo podría sostenerse por LA MAS ABSOLUTA NECESIDAD, etc*".

He aquí pues, el asomo de una excepción al principio general que hemos sentado; según el Gobierno Británico, la *seguridad inmediata, los intereses esenciales, la más absoluta necesidad* justifican a veces la intervención, y la independencia de un estado, que bien puede ser al mismo tiempo *la más absoluta necesidad* a su juicio, tendrá que sacrificarse a la *necesidad del más fuerte*.

(2) Anotaciones a Vattel, Edición de 1863, página 33.

Antes de emitir nuestra opinión, transcribiremos la de algunos autores.

De Cussy dice: "Ningún estado tiene el derecho de intervenir en los negocios interiores de un país independiente; fuera del caso de que su *propia seguridad pudiese encontrarse comprometida a causa de su posición limitrofe*; el deber de su *propia conservación* le traza la línea de conducta que debe seguir en semejante circunstancia (3)".

He aquí la excepción restringida a la vecindad de las naciones y al sentimiento de la propia conservación.

M. Guizot dice: (4) "Ningún Estado tiene el derecho de intervenir en la situación y el Gobierno interior de otro, *en tanto que el interés de su propia seguridad no le haga esta intervención indispensable*".

Parece que la excepción propuesta por Inglaterra tiene el apoyo de algunos escritores; sin embargo, poco esfuerzo se necesita para demostrar la vaguedad de ese principio y para reconocerlo como el peligro de que la intervención sea en manos de las potencias fuertes, un medio de que pueden usar o no usar a su arbitrio y un pretexto de grandes injusticias. Si se admite que la inter-

(3) Dictionnaire du Dip et du Consul, verb Const de l'Etat

(4) Memorias para servir a la historia de mi tiempo. Tomo IV, página 4, 5.

vención es justa en caso de seguridad, nadie puede ser juez de este motivo sino la misma nación que cree comprometida su seguridad y la *no intervención* no viene a ser sino una concesión del fuerte sobre el débil. Una nación que se gobierna bien y con justicia entre los límites de su territorio, nada puede temer de lo que suceda en el territorio ajeno y si, casualmente, sucediese algo que creyese afectar su seguridad, sucedería en virtud del derecho que la otra nación tiene para atender, dentro de ella, a sus intereses como crea más conveniente y el que usa de un derecho propio ni daña ni injuria a otro. Conceder en este caso una excepción al principio de *no intervención* es conceder el ataque de un derecho y justificar la ofensa real y positiva en precaución de una ofensa que aún no existe, que aunque *se piense y se trame* en el interior de una nación, puede no tener efecto, como sucede en los pensamientos del hombre; así como la justicia no interviene en las intenciones (5), las naciones no deben intervenir ni aun en los proyectos de otra que suponga hostiles; la seguridad se salva con otras medidas precaucionales, en las cuales puede usar de su derecho sin menoscabar el derecho ajeno. Si alguna excepción existe contra el principio de la *no intervención*, por cierto no reposará en el concepto vago e indeterminado de la seguridad y propia conservación.

(5) GROTIUS, *Jure Bello et pacis* Libro 28, párrafo 14, inciso 5.

Wheaton (6) opina que es imposible formular sobre esta cuestión una regla absoluta y que toda regla que no tenga este carácter estará sujeta al abuso que harán de ella las pasiones humanas en la aplicación práctica; pero rechaza el ejercicio de la intervención para garantizarse contra las consecuencias de las revoluciones en la forma del gobierno u otros cambios internos como un ataque a la independencia de las naciones (7).

Sin embargo una regla es necesaria; circunstancias tan difíciles y trascendentales no pueden quedar a merced de las apreciaciones arbitrarias de cada Estado, y el derecho de gentes tendría que confesar su ineficacia si no fuese capaz de establecer la regla de conducta justa en casos que pueden traer conflictos, frecuentemente peligrosos.

Desesperados de hallar la solución en los escritores de la escuela que podemos llamar *política* y a la cual pertenecen también Klüber (8) y Martens (9), tratemos de buscarla en los de la escuela que podemos llamar *filosófica*, porque se remonta a la idea absoluta de justicia.

Según Sir J. Mackintosh (10), la intervención no es justa, sino cuando una nación en masa la

(6) Elementos, t. 1, párrafo 81

(7) Hist de los Pr del Derecho de Gentes, traducción de Calvo Resumen general, página 390

(8) Droit de gens moderne de l'Eur P 237 nota E

(9) Precis du droit des gens moder. de l'Eur. Tomo 1 P 78

(10) Véase el discurso sobre el estudio del derecho natural y de gentes pronunciado en 1798 en la sala de Lincoln Inn.

solicita contra un *agresor*, fuera de este caso, la intervención podrá revestir apariencias más o menos legítimas, pero siempre la condenan los principios como un ataque a la personalidad e independencia de la nación a la cual se lleva. Ni aun con el fin de hacer feliz al pueblo desgraciado es justo ese ataque, las naciones que quieren llevar a otras las ventajas y adelantos de que gozan, por la fuerza de las armas, se asemejan a esos devotos que quieren salvar a los herejes por medio del hierro y del fuego.

Pinheiro-Ferreira ⁽¹¹⁾, después de un análisis detallado, en que lucha entre la justicia y la posibilidad de una intervención justa, concluye, por no hallarla, puesto que el medio que deduce de sus premisas filosóficas es la *mediación*, como él mismo lo confiesa.

A nuestro juicio son estos escritores los que más se acercan a la solución si no la dan. La *mediación*, de la cual hablaremos en otra parte, es la única tarea no solo oficiosa, sino precaucional, que las naciones pueden adoptar sin menoscabo de la independencia; la intervención que una nación en masa pide contra un agresor injusto, no menoscaba su independencia, ni aun la del agresor, es el auxilio natural que el fuerte presta al débil por la obligación de justicia y aun por conveniencia propia ⁽¹²⁾.

Podemos establecer pues, que la regla de *no intervención* es absoluta, porque ni la mediación

(11) Nota sobre el párrafo 56 de Vattel.

(12) Derecho natural, párrafo 114.

la contraría, ni la intervención solicitada por la misma nación es la que atenta contra su independencia, en favor de la cual, es establecida esta regla, y que no debe admitirse el pretexto de la propia seguridad para burlar ese principio, porque la propia seguridad no depende de asumir una actitud hostil, sino en tomar las medidas precaucionales que pueden ser o no ser necesarias.

La intervención no solo puede efectuarse por la fuerza; habrá intervención siempre que una nación se inmiscuya en los negocios de otra, exigiendo una ley a su gusto, un juicio favorable a sus súbditos, o estableciendo comisarios extranjeros que, con menoscabo de la jurisdicción del país, conozcan en causas de esa jurisdicción, por sí solos o con jueces nacionales, o bien facultando a sus cónsules para dirimir causas de comercio en la nación donde están residiendo, porque todos estos actos jurisdiccionales, son de gobierno interno, y nadie puede mezclarse en ellos o asumirlos sin atacar la independencia, aunque sea de un modo pacífico, aunque sea con consentimiento de un Gobierno que crea de sus atribuciones, contra la voluntad de la nación, enajenar así una parte de su independencia, que es inalienable por todo derecho.

Estos principios de *no intervención* en las guerras o en las medidas internas de un Estado, están consagrados por el derecho moderno convencional. En el tratado de París de 1856, artículo 9 se estableció que las potencias europeas no tendrían derecho a mezclarse, colectiva o separadamente en

las relaciones del Sultán con sus súbditos, ni en la administración interior de su imperio (13).

Identidad de las naciones

9 — Tanto más injustificada aparece la intervención de que nos hemos ocupado en el párrafo anterior, desde que las alteraciones *de forma* que tienen lugar en una nación, no la desobligan respecto a las demás naciones, porque su personalidad subsiste la misma, a pesar de esas alteraciones (1). La nación no depende del Gobierno en su personalidad ni en sus derechos y obligaciones, así como tampoco el Gobierno depende de la forma con que se ejerce; sea cual sea la modificación que aquella reciba o el cambio que este sufra, siempre es inconcebible la nación sin algún Gobierno, y el Gobierno sin la nación, de aquí por qué esas modificaciones y cambios en nada alteran la identidad de la nación, y por consiguiente permanecen en ella sus derechos y obligaciones. Si la nación es una persona moral y el Gobierno *una facultad* de esa persona, los cambios de individualidades en el ejercicio de ese poder, aunque no se verifiquen con la regularidad de la ley orgánica, los cambios de esta misma ley, etc., no atacan la identidad de esa persona; excusarse de cumplir una obligación contraída por un Gobierno caduco, aunque se supusiese usurpador, sería un *efugio*

(13) Apéndice a Wheaton. Carlos Calvo

(1) Wheaton's. Elem. intern law, página 1.ª, Cap. 2, Párrafo 7.º

vergonzoso, según la calificación del duque de Broglie en la Cámara de Diputados en Francia con motivo de las reclamaciones hechas por actos de la anterior administración (2).

Si las alteraciones no son de forma sino de esencia, el caso no es tan sencillo. En primer lugar esas alteraciones pueden venir por la demembración o división del Estado en dos o más Estados, y conviene saber si la identidad de la antigua nación subsiste o si ha desaparecido. Wheaton (3) se limita a decir que los derechos y obligaciones de ésta se reparten entre aquellos o responden de ellas *in solidum*, según los casos y los convenios. Pero nosotros creemos que es menester distinguir en lo posible y fijar la personalidad de un modo claro, porque precisamente el derecho de gentes se propone dar reglas para los casos en que no hay o no ha podido haber tratados.

Hay una base segura para poder resolver la cuestión, si nos fijamos algo en el principio esencial y generador de toda asociación. En el Estado hay siempre una *unidad* que es lo que caracteriza la persona moral de la nación, y esa unidad está en las facultades directivas de la superioridad, y en la permanencia del conjunto sobre el cual se ejercen; ahora bien, siempre que esa unidad subsiste, subsiste la personalidad, hay identidad. Aclaremos esta regla por medio de ejemplos.

Una nación que coloniza, forma una nueva asociación que reglamenta a su gusto y la gobierna

(2) Bello, página 1.^a, capítulo 1.^o, párrafo 8

(3) Elementos, página 1.^a, capítulo 2, p. 16, 17, etc.

como quiere; esa colonia es parte del Estado, como un hijo es parte de la familia del padre que le dio ser (4) la emancipación de esa colonia no altera la unidad del Estado en la metrópoli que continúa como existía aun antes de la colonización, como el padre existía del mismo modo antes de haber engendrado al hijo que existe después de emanciparse éste, luego la metrópoli subsiste idéntica y no puede exigir de la nueva nación que comparta con ella las obligaciones contraídas durante su dominio colonial, aun cuando esas obligaciones se hubiesen contraído con motivo de ella, así como ésta no tiene derecho a exigir a la metrópoli la partición de las ventajas adquiridas durante el coloniaje, aunque tales ventajas las haya adquirido con motivo de ese coloniaje.

Cuando es una provincia la que se desmembra, tampoco la unidad del Estado se rompe; no sucede sino que la extensión material se limita, y la identidad de persona subsiste en el Estado que conserva las demás provincias, y las obligaciones *personales* o generales subsisten en él, sin que tenga derecho a exigir participación en ellas al nuevo Estado.

A fortiori si la nación es confederada, porque la única unidad que existe se refiere y limita al *casus foederis*, es puramente convencional; el retiro de uno de los Estados Confederados, en nada altera la personalidad de la Confederación.

Lo mismo es si la desmembración sucede por conquista o anexión; si la conquista es tal que

(4) Grocio, Lib. 2, Cap. 9, párrafo X.

no rompe la unidad, si la anexión es parcial, la personalidad y obligaciones consiguientes subsisten en el Estado que ha sufrido esas modificaciones.

En todos estos casos hablamos de los derechos y obligaciones relativas a la personalidad, que son aquellos que no se localizan, que no tienen carácter real, o no se vinculan especialmente a un territorio como lo veremos más adelante.

Pero cuando el Estado se divide en dos partes iguales o en muchas partes desfigurándose completamente y disolviéndose, si podemos decir así la asociación antigua, entonces la unidad se rompe del todo, y tanta razón habría para que una parte cargase con el gravamen de las obligaciones como la otra, la personalidad ha desaparecido (5), y si esas obligaciones son de tal carácter que fenecen

(5) En apoyo de nuestra opinión, citaremos textualmente algunas autoridades respetables "Si una nación, dice Phillimore, fuese dividida en varias sociedades las obligaciones que pesaban sobre el conjunto antes de la división vienen a gravitar proporcionalmente sobre las diferentes partes a no ser que dichas obligaciones hubiesen sido materia de un convenio especial" *Comentarios upon international law* Parte 1.^a, Cap 7, Párrafo 87. "Si un Estado, dice el Canciller Kent, fuere dividido, *con relación a su territorio*, sus derechos y sus obligaciones no sufren modificación si no hubiesen sido prorrateados por convenio especial, los derechos deben disfrutarse y las obligaciones cumplirse por todas las partes en común". El juez Story pronunciando un juicio en la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo "Se ha sentado como principio del derecho común que la división de un imperio no produce detrimento en los derechos de propiedad anteriormente adquiridos; y este principio concuerda

con la persona ⁽⁶⁾ (personalísimas) ni una ni otra de las desmembraciones que forman cada una un nuevo Estado pueden ser compelidas a cumplirlas; si las obligaciones son de carácter real, vinculadas al territorio, serán del carácter de aquellas que pasan contra terceros que la cosa obligada tienen, y los nuevos Estados, no por razón de personalidad, sino de poseedores de una cosa obligada, responderán cada uno de las obligaciones que la posesión respectiva les haya vinculado ⁽⁷⁾; pero de estas obligaciones reales, responden aun las colonias, las provincias y los Estados que estuvieron en confederación, si tales obligaciones están vinculadas en sus territorios ⁽⁸⁾. Las deudas nacionales, en el caso de una desmembración general aunque no fuesen hipotecarias, pasarían a los nuevos Estados originados por esa desmembración general, y cada uno respondería de ellas por su parte, porque las deudas internacionales, tienen todas relaciones *a las cosas, carácter de realidad* ⁽⁹⁾, a pesar de no vincularse en una cosa determinada, pero por esta misma razón no pasarían a los Estados formados por una desmembración parcial, que no alteró la unidad nacional,

“igualmente con el sentido común de la humanidad y las “máximas de la justicia eterna” Iguales principios se consignaron en los protocolos para el arreglo del moderno reino de Bélgica.

(6) Pothier, parte 3.^a, Chap 1.^o, párrafo 2

(7) Conf sobre el Derecho natural, num. 166

(8) Bello, parte 1.^a, Cap. 9, párrafo 3.^o.

(9) Conf sobre el Derecho natural, num 167 Pothier, parte 3, Cap. 7.^o, párrafo 1.^o.

porque en este caso no basta el carácter *in rem vel ad rem*, de la obligación para pasar a las nuevas entidades, sino también la ubicación de ese Derecho real en el territorio que estos nuevos Estados ocupan, y en los cuales forman personalidades que no han extinguido la personalidad del antiguo Estado que conserva sus obligaciones. Tenemos pues: 1.º Si la desmembración es tal que no destruye la unidad del Estado, este permanece con todas sus obligaciones personales y reales que no queden fuera de su territorio por la expresada desmembración 2.º La provincia desmembrada o colonia emancipada, solo carga con las obligaciones reales que se vinculan en su territorio. 3.º Cuando la desmembración disuelve el Estado y rompe su unidad, fenecen las obligaciones propias de la personalidad caduca, (personalísimas) pero cada uno de los nuevos Estados carga con las obligaciones especialmente vinculadas a sus respectivos territorios, y se tienen que dividir igualmente o a *prorrata* las obligaciones generales *ad rem*, como las deudas nacionales de la antigua asociación.

En el caso de absorción o anexión total de un Estado, aquel que lo anexa o absorbe, carga con todas sus obligaciones, como goza de sus derechos, porque ese acto importa una adopción de los compromisos de la personalidad que se refunde en éste. Por esto dice Phillimore. "Cuando sucede la "anexión o la sumisión voluntaria, el Estado se "hace en vez de un cuerpo distinto y sustantivo, "una parte de la otra sociedad (10)".

(10) Comentarios upon international law, Part 1ª
Cap. 6, párrafo 85.



Supuesto y resuelto el caso de la desmembración, supongamos el caso contrario de la unión o confusión de dos o más nacionalidades en una sola. La misma regla de la unidad nos sirve también para resolver esta duda. Si la unión se hace, causando una verdadera conmistión, estableciendo un régimen estrictamente unitario, la unidad de los antiguos Estados desaparece ante la unidad del que nuevamente forman; han desaparecido dos o más personalidades para dar lugar a una nueva, las obligaciones personalísimas de aquellas han caducado, y este solo responderá de las obligaciones *in rem vel ad rem* como que representa la sucesión de las distintas personalidades. Pero si la unión se hace en una unidad convencional, como sucede en toda confederación de Estados, estos mantienen sus derechos y obligaciones, porque su unidad esencial no ha desaparecido (11); el cumplimiento de esas obligaciones gravita siempre sobre ellos por más que sea del *casus foederis* que mutuamente se auxilien para efectuar ese cumplimiento; tal arreglo es puramente privado, entre ellos y no puede perjudicar a terceros: *res inter alios, alter alius non nocet*.

Esta doctrina se confirma por el siguiente pasaje de Grocio (12) "Si sucede que dos pueblos se unen "en conjunto, ni el uno ni el otro perderán sus "derechos, sino que se harán comunes, del mismo "modo que el derecho de los Sabinos en primer "lugar, y después de los Albanenses pasó a los

(11) Conferencias sobre el derecho natural, núm 122.

(12) Lib 2, Cap. 9, párrafo 9

“Romanos y que se hizo de ellos una sola República, como dice Tito Livio (Lib. 1.^o). Es menester juzgar lo mismo de los Reinos, en caso de que se unan, en una verdadera unión y no solamente por algún tratado de alianza También sucede aquello cuando el soberano de ambos viene a ser un mismo príncipe”.

Equilibrio político

10. — Si bien todas las naciones son iguales ante el derecho como lo hemos demostrado, no todas son iguales en fuerza, como no todos los hombres son iguales en nervio; si esto es un mal, es un mal que viene fatalmente de la naturaleza y que no puede remediarse. La conciencia de la fuerza en unas naciones y la creencia de que otras son débiles, produce, es verdad, el deseo del predominio y lleva a injusticias para las que se cuenta con toda impunidad. Contra esta situación ha surgido el sistema político llamado del *equilibrio*, por el cual se piensa resolver la cuestión, en una ecuación de fuerzas llevada a lo posible entre todos los Estados. Así para Talleyrand el equilibrio era el *refugio hallado en los principios conservadores de los derechos de cada uno y del reposo de todos*.

Vattel (1) lo define: “una disposición de las cosas por medio de la cual ninguna potencia se encuentra en estado de predominar absolutamente y de dictar la ley a las otras”.

(1) Lib. 3, Cap. 3, párrafo 47.

Para el Congreso de Viena el equilibrio en Europa estaba en extender el centro de Austria al Norte de Italia, en avanzar Rusia al centro de Europa, en extender las fronteras de Prusia hasta Francia, en crear al norte de este reino reducido a sus antiguos límites, un nuevo Estado, en debilitar Alemania y en dejar como estaban a España y Portugal.

Poca penetración se necesita para conocer lo quimérico de semejante orden de cosas, en que los soberanos tratan de la personalidad de los pueblos, como de cosas inertes que pueden ser mutilados o modificados sin tener en cuenta su libertad, hoy por todas partes, como dice Cussy *las necesidades y los deseos constitucionales de los pueblos han colocado a los soberanos en la necesidad de contar con la opinión pública y respetarla* (2).

Querer curar el abuso de la fuerza con la fuerza es lo mismo que curar un envenenamiento aumentando la dosis del tósigo. "Este pretendido sistema del equilibrio político no es fundado en el Derecho de Gentes, a no estar basado en convenciones públicas" (3).

En efecto no hay ningún principio de justicia que nos lleve a sancionar la debilitación forzada de una nación que por su patriotismo y buen gobierno, ha podido engrandecerse. Además las naciones no son fuertes cuando lo *quieren*, sino cuan-

(2) Dictionnaire des Dipl v equil

(3) Kluber Derecho de Gentes moderno de Europa, párrafo 42.

do lo *pueden*, ni su fuerza depende del mayor número de habitantes. Un pueblo moral, activo y que no se halla convulsionado, será siempre más fuerte que un pueblo inmoral o dividido por la anarquía; el equilibrio permanente no es sino el empeño despótico que tienen casi todos los gobiernos de torturar las poblaciones para hacerse fuertes cuando no lo son, consumiendo el tesoro en mantener ejércitos, y desmoralizando a los habitantes para formarlos (4).

A nuestro juicio el equilibrio no puede ser sino accidental, para el caso en que una potencia predominante quiera usar de su fuerza agresivamente o interviniendo en los destinos de otra. Entonces las ligas accidentales de los Estados amenazados, como lo dice Vattel (5), responden de la defensa justa y colectiva y producen el verdadero equilibrio político. Tal fue el carácter de la última guerra con Rusia, que terminó con el tratado de París de 1856 (6), por cuyo artículo 3.º Rusia restituyó a Turquía las provincias conquistadas.

Además el progreso de las naciones las llevará un día a la unidad de formas constitucionales, a la práctica de una forma de Gobierno que satisfaga a todas y entonces, no existiendo antagonismo de derechos esenciales, el predominio de la fuerza no será temible. El derecho de intervención, dice Wheaton, "para mantener el equilibrio de las po-

(4) Montesquieu. *Esprit des lois*. Lib. 13, Cap 17.

(5) Lib 3, Cap 3. Párrafo 48

(6) Traducción de C. Calvo. Apéndice a Wheaton. *Historia de los Principios del Derecho de Gentes*.

“tencias (en los casos manifiestos de conquista u
“otros ataques) difiere esencialmente de la inter-
“vención para garantizarse contra las consecuencias
“de los cambios en el interior de otro país; la
“primera es una seguridad de los débiles contra
“los fuertes, la segunda un ataque de los fuertes
“contra los débiles (7)”.

Rango de las naciones

II — Se ha hecho una costumbre clasificar las naciones según su fuerza e importancia en naciones de primero, segundo y tercer orden y debemos advertir por conclusión de esta parte que, esta clasificación en nada afecta la igualdad de las naciones, y que si es admitida, es solamente para indicar el grado de su poder.

Pasaron los tiempos en que la fuerza constituía el derecho, aunque desgraciadamente todavía constituye el poder, porque aunque reconocidos los principios de justicia, no siempre persuaden en el hecho.

(7) Hist. de los Pr. del Derecho de Gentes, traducción de Calvo. Resumen General pág. 390.

PARTE SEGUNDA

DERECHOS REALES DE LAS NACIONES

Carácter de los derechos reales

I — Así como el objeto del hombre es llenar sus necesidades y cumplir su fin en la justicia, el objeto de las naciones no es otro que garantizar a cada uno el lleno de esas necesidades y el cumplimiento de las recíprocas obligaciones, levantando todo obstáculo que impida el triunfo de los asociados sobre esos inconvenientes, lo que dará el progreso y la perfección. Hay pues, una marcada distinción entre el objeto del hombre y el objeto de la sociedad, aquel necesita de medios exclusivos y particulares que esta no necesita, así como esta necesita la concurrencia de todos los asociados como medio de llenar sus fines.

No puede traerse el sistema de derechos reales de la legislación civil para aplicarse a las naciones, sin incurrir en errores de consideración; siendo el hombre una personalidad diferente a la personalidad de las naciones, sus medios tienen que ser de carácter diferente, porque todo medio debe ser a propósito para la naturaleza del agente.

Así pues, todo el sistema de *propiedad* es una idea de justicia en cuanto se refiere al hombre y

su reglamentación civil tiene en vista solamente las necesidades del hombre, es este ser quien con su trabajo la adquiere y la fomenta y quien con sus productos se pone en actitud de venir a esa concurrencia social necesaria para que la nación tenga los medios que le son indispensables para sus fines

Por la misma razón, solo de un modo violento e injusto puede aplicarse a la nación el mismo estatuto de la propiedad ⁽¹⁾; esta es una personalidad moral que ni puede legitimar la adquisición con el trabajo, ni tendría objeto en descender a él, porque su objeto es superior, está en garantizar las adquisiciones particulares de los asociados, en facilitarlas, en reglamentarlas para ponerlos a cubierto de las usurpaciones y en defenderlos de las agresiones de los extraños o de la influencia perjudicial de las naciones extranjeras.

Las naciones propietarias, los Gobiernos que comercian ellos mismos, usurpan los medios de los súbditos y arrebatan sus aspiraciones individuales, y si este error está condenado ya por la economía política, no vemos motivo para que también no lo condenen el derecho público y el derecho internacional, puesto que las ciencias deben armonizarse y prestarse recíprocos auxilios.

El derecho que las naciones ejercen sobre las cosas, no es pues el derecho de propiedad, ni aun el que ejercen sobre las cosas llamadas *públicas*, porque es sabido que la esencia del derecho de propiedad está en la *libre disposición de la cosa*

(1) Grocio. Libro 1, capítulo 3.º número 1.º

(2) y un gobierno sólo puede disponer de las cosas públicas en casos excepcionales y con grandes restricciones; pero, el derecho constitucional nos enseña que por medio de la *expropiación*, puede disponer también, en iguales casos, de la propiedad de los particulares (3) *previa su indemnización*; entonces solo por una generalización impropia es que se llama propietario al Gobierno o a la nación, puesto que ni uno ni otro pueden disponer de las cosas aunque sean de las destinadas al servicio público, y en el caso en que tal disposición es posible, esto es: de necesidad pública es posible también, por la *expropiación*, la disposición de la propiedad particular, previa indemnización. De unas y otras cosas no se dispone *por la propiedad*, porque sería contradictorio, en el primer caso una propiedad limitada al caso de urgente necesidad, y en el segundo una propiedad contra la propiedad; luego hay un derecho particular que compete a la nación sobre las cosas y que tiene un carácter distinto a él de los particulares.

Del dominio eminente

2. — Lo que distingue el derecho de la nación sobre los casos del derecho de propiedad, es que aquel se ejerce sobre la *propiedad* y sobre cualquier otro derecho exclusivo de los asociados, por-

(2) Derecho Natural 129.º.

(3) Castro. Curso de Derecho Constitucional, párrafo IV, número 5.º.

que su objeto es satisfacer necesidades de todos ellos; a esto es que los juristas antiguos llaman *dominium eminens* (1), en el cual se comprende la facultad de llamar a *contribución* las rentas de los asociados y la de imponer gravamen y pechos a las cosas para con su producto atender a las erogaciones del servicio público, así como llaman *imperio* la facultad gubernativa que consiste en legislar para las garantías y beneficios de los ciudadanos, en hacer cumplir esas leyes para hacerlas efectivas y en aplicarlas a los casos ocurientes, lo que constituye la *jurisdicción*.

Tal es el carácter general de los derechos reales de una nación y estos precedentes nos servirán de base para determinarlos en particular.

*Modos de adquirir el dominum eminens,
la jurisdicción y el imperio*

3. — Estos derechos se ejercen en la nación por medio de las autoridades supremas que respeta, y se ejercen en toda la extensión del territorio que ocupa y habita, como en las posesiones lejanas que tiene ocupadas y habitadas, porque es un derecho que está en todas y en cada una de las partes, aun en aquellas que aún no tiene pobladas, porque estos desiertos, resguardados entre sus límites, si no responden a una necesidad actual, responden a una necesidad futura porque toda sociedad tiene por ley natural crecer y au-

(1) Heinecio, cap 8º, lib. 2. Derecho Natural y de Gentes.

mentar sus necesidades (1), y sería absurdo negarle el derecho de garantizarse *razonablemente* contra la necesidad futura.

Así pues, sería absurdo exigir a una nación que ceda a otra el espacio de su territorio que materialmente no ocupa, así como sería también absurdo, conservar una extensión de terreno exageradamente mayor del que puede hacer uso y del que razonablemente necesita para el presente y para un porvenir definido en la misma actividad actual.

Esto en cuanto a la conservación del territorio en que se están ejerciendo los derechos reales, veamos ahora los principios que deben regir la adquisición de nuevos territorios.

Descubrimiento, ocupación, colonización

4. — Hemos visto que los derechos reales de las naciones no se refieren sino a la facultad eminente de la dirección gubernativa, por consiguiente esos derechos no existen ni pueden adquirirse, mientras que no aparezca la necesidad de esa dirección gubernativa y tal necesidad no existe mientras no existan *pueblos*. La opinión de Grocio (1) es consecuente con este principio para él no basta el descubrimiento de un territorio para que nazcan esos derechos, es menester que siga a ese acto una *ocupación material*. Vattel (2), del

(1) Vattel, lib. 1.º, cap. 20, párrafo 245

(1) Mare libero. Cap 2.º

(2) Lib. 1.º, Cap 18, párrafos 207, 208.

mismo modo, sostiene que al descubrimiento debe acompañarse *una posesión real*, y que el derecho de gentes no sanciona la *soberanía* de una nación sino sobre los países inhabitados que *realmente y de hecho haya ocupado, en el cual haya fundado un establecimiento, del cual haga un uso actual*. Bello (3) que había copiado la doctrina de Vattel, en una nota de la edición de 1847, de Caracas, confiesa que el descubrimiento por sí solo confiere algunos derechos reales, entre ellos, el exclusivo de tratar con los indígenas y formarse así un título, entre primitivo y derivado, en virtud del cual pueden las naciones hacerse recíprocas transferencias, citando varios ejemplos de esas cesiones hechas por Francia, España e Inglaterra.

Pero esto no puede admitirse aunque se haya practicado, porque ello importaría reconocer en las naciones el derecho de propiedad que hemos probado ser exclusivo de los particulares; porque ni aun los particulares por el simple hallazgo o descubrimiento adquieren la propiedad, sino por el trabajo que legitima la posesión; porque, últimamente no siendo las tribus salvajes personalidades ante el derecho de gentes, no pueden contratar de modo válido, no son parte, en la jurisprudencia internacional, como los menores e impedidos no son parte en la jurisprudencia civil, y esos tratados son nulos, porque tienen lugar entre una corporación civilizada y una tribu salvaje (4).

(3) Parte 1^a, Cap. 2.º, párrafo 5.º

(4) Phillimore Commentaries upon International Law Parte 1^a. Capítulo 12, párrafos 137, 145

Phillimore opina, y cree su opinión confirmada con las prácticas de las naciones, que el descubrimiento por sí solo no da sino un *título incoado* a la posesión del territorio descubierto; pero que cuando la ocupación, por el uso y el establecimiento han seguido al descubrimiento, es un principio claro de la ley que existe esa posesión corporal, (*corporalis quedam possessio, dettentio corporalis*) que confiere título exclusivo al ocupante, y el *dominium eminens* del país que representa, de manera que el *descubrimiento, el uso y el establecimiento* son elementos de esa ocupación y constituyen título válido para las adquisiciones entre naciones (5), y en caso de ser la ocupación particular, o por empresa que no tenga comisión de una potencia, se resuelve en simple ocupación sujeta al derecho civil, a no ser que esa potencia de la cual depende, adopte la ocupación y extienda a ella su dominio.

Nuestra opinión es que este autor se acerca más a la solución de la duda; pero nos queda por resolver qué clase de establecimiento justificaría la posesión; siendo bastante vaga la palabra *establecimiento*, necesario es determinarla en este caso. Si en virtud del descubrimiento, un Gobierno estableciese una factoría, sin plantear en el territorio una nueva asociación, no podría decirse que todos los derechos reales se habían adquirido sobre ese territorio; como para la adquisición de tales derechos se necesita que exista el pueblo, se deduce sin esfuerzo que la única clase de esta-

(5) Lugar cit párrafo 125

blecimiento que legitima la posesión nacional, es la *colonización*, y se deduce también que el único vínculo que une la metrópoli a la colonia es el dominio eminente, que aquella ejerce provisoriamente para proteger y robustecer la nueva asociación, vínculo que desaparece desde que esta puede protegerse a sí misma y asumir el ejercicio de ese dominio eminente, pues, como hemos dicho, las naciones no adquieren propiedad; si así fuese la emancipación sería un robo y la *revindicación* de las metrópolis, como se ha pretendido en la cuestión del Perú, recientemente agitada, sería menos ridícula y tendría visos de legitimidad.

Ocupación de los mares

5 — Con motivo del adelanto de la navegación y de los descubrimientos consiguientes, el mar llegó a ser en el siglo XVII, un objeto de las ambiciones de las potencias. Dos atletas se levantaron entonces para discutir los destinos de la humanidad respecto a la líquida llanura, Grocio en 1609, publicó su *mare libero*, o sea una Disertación sobre la libertad de los mares, dividida en 13 pequeños capítulos, y aunque su objeto era defender los derechos de los Holandeses al uso de los mares, contra las pretensiones de los Portugueses, el célebre publicista hacía un verdadero servicio a toda la humanidad, combatiendo en su cuna, una preocupación que pudo ser funesta por algún tiempo. Seiden, fue el otro de los publicistas, que debía sostener la tesis contraria en

favor de las pretensiones de Inglaterra a la soberanía de los mares que circundan sus islas, pues establecía (Lib. 2.^o) que el mar por derecho natural y de gentes era apropiable y no común. Estas pretensiones no reconocidas por ninguna potencia, fueron rechazadas siempre por Francia y últimamente la misma Inglaterra dejó de tenerlas, a lo menos en la extensión que se temía (1).

Algunas pretensiones de dominio sobre el Pacífico envolvían las de España, respecto al asunto del *Notka-Sound*, pues reclamaba una gran parte de la costa nor-oeste de América, fundándose en la *prioridad del descubrimiento y larga posesión*, confirmada por el artículo 8.^o del tratado de Utrecht de 1713; resistiendo Inglaterra esta reclamación, concluyó por fin en virtud de un convenio entre las dos potencias, en el cual se estipuló que los súbditos respectivos de las mismas, podían *navegar libremente el Pacífico y los mares del Sur*, desembarcar en las costas de estos mares, traficar con los naturales y erigir establecimientos con sujeción a ciertas condiciones especificadas en la convención (2).

Habiendo reconocido que una condición de la ocupación es el establecimiento y más aún, el establecimiento colonial y no siendo esto posible en el mar, ni en partes de él, se deduce sin esfuerzo que ninguna nación puede ocuparlo, ni explotar

(1) Wheaton. Hist de los Pr del Derecho de Gentes traducido por Calvo, 1er. periodo, párrafo 18

(2) Phillimore Comentarios upon International law. Parte 1.^a Cap. 12 párrafo 148.

exclusivamente una pesquería fuera de sus costas, por más que haya aún publicistas que crean posible *como justo*, esa facultad exclusiva de pescar en algunas zonas del mar (3).

A pesar de la libertad de los mares, principio reconocido hoy universalmente, las naciones pueden considerar exceptuadas de esa libertad, las aguas en que concederla sería peligroso a la seguridad propia o atentatorio a su dignidad. Así pues, los puertos, ensenadas, golfos, estrechos y demás canales o abras que el mar forma en un territorio, se reputa parte de él, y puede ejercerse sobre su extensión los mismos derechos reales que se ejercen sobre el territorio (4); el agua que baña las costas de él, está en el mismo caso, hasta una distancia razonable para esos fines. Debemos solamente advertir que la regla del *tiro de cañón* debe suponerse anticuada, hoy que se funden cañones de largo alcance y pueden fundirse aún mayores.

La regla más cierta en este caso nos parece la que algunos publicistas aseguran estar confirmada por la costumbre de las naciones, esto es, la de extender el dominio costero a *tres leguas marinas de longitud* (5). Esta es la distancia que puede ser necesaria para el resguardo del territorio y para demarcar hasta donde puede llegar

(3) Bello Parte 1.^a, Cap. 2.^o, párrafo 4.^o y Cap. 3.^o párrafo 1.^o al fin

(4) Bello. Parte 1.^a, Cap 3, párrafo 1.^o

(5) Martens y Schmalz lugar citado por Bello y P. P. Fodéré Nota al párrafo 288 de Vattel. Edición de 1863.

el ejercicio de la jurisdicción y del dominio emi-
nente de cada nación.

Límites del territorio

6 — Ya hemos visto hasta donde alcanza la jurisdicción del Estado sobre las aguas del mar que bañan sus costas, conviene del mismo modo que todo el territorio esté definido en la extensión que pertenece a ese Estado y para ello es necesario determinar sus límites o términos. Cuando la topografía del terreno señala por sí misma esos límites, en una cordillera o en un río, se llaman *arcifinios*, y cuando es necesario marcarlos por el trabajo se llaman *demarcados*, pero en uno y otro caso la designación de los límites es puramente convencional; sería una pretensión absurda que una nación por encerrarse entre límites arcifinios pretendiese la absorción de una parte del territorio ajeno.

Cuando el límite natural es una cordillera, la línea divisoria, como dice Bello (1), es la que pasa por los puntos más encumbrados de ella, cruzando los manantiales que vierten sus aguas a uno y otro lado.

Cuando el límite es un río, la línea divisoria es la que pasa por el centro de su corriente, dividiendo sus islas a uno y otro Estado ribereño. Adviértase que hablamos de los ríos como límites, en otra parte hablaremos de la *navegación de ellos*. Esa línea, sea el río estrecho o caudaloso,

(1) Parte 1^a, Cap 3, párrafo 2

separa la *jurisdicción* de uno y otro Estado, de manera que los hechos que pasan de un lado de esa línea caen bajo la jurisdicción de las autoridades de la nación situada a ese mismo lado.

Si el río es en efecto un límite, la prioridad del establecimiento de una de las naciones ribereñas, no autoriza la suposición de Vattel (2), tomada de Grocio (3), de que esa prioridad presupone ocupación y por lo tanto dominio en toda la anchura del río, por la sola razón de que es demasiado importante para que no se haya ocupado, tal razón nos llevaría a suponer que también la ribera opuesta se había ocupado, porque para hacer efectiva la ocupación de un río en su totalidad se necesita ocupar y dominar sus dos márgenes, pero ocupadas y dominadas las dos márgenes, el río deja de ser un límite entre los dos Estados, el límite será entonces la ribera opuesta y no el río.

Esto es lo que da a entender Wheaton (4) cuando dice: "Si un río navegable forma la frontera de dos Estados el *medio del lecho* se considera EL LIMITE de los dos países".

La *prioridad* de ocupación es un título para lo que está ocupado, pero no para suponer *ocupado* lo que no lo está Phillimore (5) refiere que las pretensiones de los Estados Unidos del Norte sobre el territorio de *Oregón* se fundaban principalmen-

(2) Lib. 1, Cap. 22, párrafo 266.

(3) Lib. 2, cap. 3, párrafo 18.

(4) *Elementos*, t 1.º, párrafo 11.

(5) *Com. upon international law*, p 1ª, Cap 12, párrafo 149

te en la *prioridad* del descubrimiento por sus propios súbditos y por los Españoles cuyos derechos habían heredado por el tratado de 1819 y que el Gobierno Inglés rechazó *como avanzada* la deducción que se quería sacar de esa expresada prioridad, y si esto es así respecto a territorios, con doble razón debe serlo respecto a un río en cuya margen cesa la ocupación, puesto que no se ha atravesado para ocupar el territorio que separa, dejándolo libre a la ocupación de otro.

No es más sólida, por ser más expresa, la otra suposición de Vattel sobre que es un signo evidente de la ocupación de todo el río, haber pescado o navegado en él, porque semejantes actos, no importan ocupación exclusiva, como sembrar en un territorio o apacentar ganados en él; también se pesca y navega en el Océano, sin que sea justo decir, que con estos actos se ocupa.

Sentemos pues, como regla absoluta que si el río es límite entre dos naciones, sus aguas se dividen por la línea que pasa por el centro de su lecho, y la jurisdicción de cada Estado llega hasta la mitad de la anchura del río. Esta regla es aplicable también a los lagos, estrechos y canales, cuando ellos forman límites naturales o arcifinios de las naciones donde están.

Accesión — Aluvión

7. — Los límites arcifinios, sobre todo los ríos, sufren algunas alteraciones, de manera que aumenta o disminuyen territorio. Si estos aumentos o disminuciones se hacen paulatinamente, se

reputan como *accesiones* y se está al principio de que lo accesorio sigue a lo principal, de manera que no hay reivindicación posible; pero cuando la mudanza es violenta por aluvión, fuerza de río, mutación de lecho, salvo las reglas que expondremos sobre la navegación, no hay sino que respetar el cambio, y el límite que antes era el río, lo será después el lecho mismo que abandonó por ese accidente.

Es por el mismo principio que se resuelve a quien pertenecen las islas del Océano adyacentes a la costa; aun cuando se hallen fuera de las tres millas de ocupación oceánica, se supone *accesiones* del continente y propias de la nación que ocupa la costa inmediata pues que a nadie interesa más su ocupación. Y esta razón, debe prevalecer contra cualquier otra, porque una isla, supuesto que es accesoria al continente, sigue su condición y se supone ocupada por necesidad, aunque *de facto* no lo esté; nada más injusto y atentatorio a la independencia de una nación que un Gobierno extraño, de un país lejano, venga a establecer factorías en islas inmediatas a costas de esa nación; la ocupación de la isla es en realidad un amago al continente; es por esta razón que creemos no debe perjudicar a la República Argentina la ocupación de las islas Malvinas por el Gobierno Inglés.

De la prescripción

8. — Sabemos que la prescripción es un medio de adquirir por tiempo, y sus requisitos los he-

mos determinado en el derecho natural (1) pero no basta esto para deducir si entre las naciones existe o no la prescripción; como lo hemos dicho, el estudio del derecho natural es la investigación de la *justicia* en todas sus manifestaciones, en él estudiamos lo que se aplica al hombre como lo que se aplica a los pueblos, puede la prescripción ser de derecho natural, como lo es la propiedad, y sin embargo no ser aplicable del mismo modo a las naciones. Lo primero que tenemos que averiguar pues, es si para el derecho internacional existe o no este medio de adquirir.

Hay mucha variedad en las opiniones de los autores. Grocio, que cree a la propiedad introducida por el derecho civil, y a la prescripción como medio de adquirirla, se envuelve en mucha dificultad para hallar un principio que autorice su aplicación a las naciones, por último, deteniéndose en la pura conveniencia dice: "Sin embargo, si admitimos esta máxima (la de negar la prescripción) se seguiría un gravísimo inconveniente; jamás se podrá, o por algún tiempo, acabar las diferencias que se presentarán respecto a los Estados y los límites de ellos; lo que no solo es capaz de ocasionar la turbación de los espíritus y de encender la guerra, sino también es contrario al sentimiento común de los pueblos (2)".

Vattel se acoge también a la conveniencia, expresando que la prescripción es más necesaria aún

(1) Conferencias sobre Derecho Natural. Núm. 136.º

(2) J. B. et Pacis, Lib. 2, Cap. 4, Párrafo 1.º

entre los Estados, que entre los particulares, porque la naturaleza de las diferencias e inquietudes de aquellos, son de más gravedad, ocasionan más ruina (3) que los pleitos de estos.

Bello reproduce la misma opinión. Pero no se trata de saber si la prescripción es o no es conveniente, las naciones pueden reconocer muchas cosas convenientes y sin embargo no creerse obligadas a hacerlas; solamente lo que es *justo* es lo que obliga y lo que puede exigirse; luego en las cuestiones del derecho internacional, como en las de todo derecho, lo que hay que investigar es la *justicia*, no la conveniencia; estas opiniones no resuelven la cuestión.

Cussy (4) expresa que fundándose la prescripción en el abandono presunto, tratándose de naciones, nadie, sino ellas mismas pueden ser juez de si existe o no ese abandono; Kluber niega que haya prescripción entre pueblos que no la reconocen. Rayneval que no hay regla fija sobre el caso y que la fuerza solamente lo decide. Martens aunque niega también la prescripción, hace notar que el uso de las *protestas* con que las naciones se apresuran a veces a interrumpir una posesión, parece demostrar al menos el temor de que se haga de ella un argumento.

Si estos autores se refieren a la prescripción de la propiedad, tienen razón; las naciones ni tienen ni pueden adquirir propiedad como lo hemos visto, por cualquier medio que sea. Así, si un

(3) Lib. 2. Cap 11. Párrafo 147.

(4) Dict. du Diplomat et du Consul verb presc.

Gobierno establece una factoría en territorio ajeno, ni aun por tiempo inmemorial adquiriría el territorio. Pero si se refieren a los demás derechos reales que las naciones pueden adquirir, la cuestión es más dudosa; si un Gobierno establece en territorio ajeno una colonia que fomenta y dirige, que extiende a ella su dominio eminente, el transcurso del tiempo haría muy problemático el derecho del antiguo ocupante de ese territorio. Por eso dice Wheaton (5):

“El uso constante y consagrado de las naciones muestra que, cualquiera que sea el nombre de este derecho, la posesión no interrumpida por un Estado de un territorio o de cualquier otro bien, durante un cierto lapso de tiempo, excluye los derechos de otro Estado a este respecto, como el derecho civil de todas las naciones civilizadas asegura a un particular la propiedad exclusiva de un bien que ha poseído durante un cierto tiempo sin contradicción alguna”.

Desde que para existir cualquier clase de prescripción, se necesita posesión, si entre las naciones existe, se requerirá la única *posesión justa* que las naciones pueden tener. Ya hemos visto que tal posesión no puede ser otra que el establecimiento de colonias, porque es la única que legitima como necesaria, como justa la ocupación de un territorio inhabitado o habitado por salvajes nómades, como que es la única que responde al destino que

(5) Elem. du Droit Int t 1 p 158 y 159, párrafo 4.

la Providencia ha demarcado a los territorios, para que alimenten y contengan sociedades civilizadas.

Ahora bien, caracterizada así la *posesión* que únicamente reconoce el derecho internacional, resulta que lo que se llama *prescripción* no es sino el *conflicto de derechos sobre una misma cosa: el derecho de aquel Estado que posee, el derecho del Estado contra quien se posee y el derecho de los habitantes de la colonia poseída.*

Parécenos claro que, siendo posible estudiar el conflicto de derechos en general, reservemos para ese párrafo la cuestión de prescripción internacional.

Medios derivados — Cesión — Anexión

9. — No teniendo las naciones derecho de propiedad sobre los territorios y mucho menos sobre las personas o su suerte, resulta que sus cesiones, donaciones, cambios o permutas y sobre todo compras-ventas, hechas de Gobierno a Gobierno no son *título hábil* para transferir *dominio*, no se pueden transmitir recíprocamente la propiedad que no tienen, siendo así una verdad el principio de que no debe *traficarse con la suerte de los pueblos*. Siendo los únicos derechos reales que existen ante la ley internacional el dominio eminente, la jurisdicción y el imperio y existiendo estos en cuanto a la dirección necesaria para la sociedad, la garantía de los habitantes y el bien público, resulta que son derechos inalienables por la sola voluntad de los Gobiernos, y que estos no pueden celebrar una cesión o consentir una

anexión, de un modo válido y obligatorio para las provincias cedidas o anexadas y que sus habitantes pueden resistir ese cambio si no lo consideran arreglado o si contraría su libertad. Bello (1) dice con propiedad que la llamada *cesión*, en caso de no sancionarla el pueblo, es solamente una renuncia del Gobierno sobre la parte cedida, quedando esta libre o para anexarse a otra potencia o para constituirse libremente.

Desgraciadamente esta doctrina ha sido poco practicada; los hechos de la historia contemporánea la contrarían en vez de apoyarla. La paz de París en 1814 y los tratados de 1815, han producido numerosos cambios en las posesiones territoriales por medio de recíprocas cesiones, del mismo modo los convenios celebrados en Viena y en Aix-la-Chapelle, sin consultar para nada la voluntad de los pueblos y creyendo salvar el interés particular con el acuerdo de un termino o dilación para que los que quieran alejarse del territorio cedido puedan hacerlo y transportar sus bienes a otras partes (2). Son de fecha muy reciente las anexiones de dos provincias italianas, hechas por Francia, después de la guerra de Italia, para las que, por cierto, no se consultó la voluntad de esos pueblos. Nosotros creemos aún, que no basta la voluntad de los pueblos cuyo territorio se cede para confirmar la legitimidad de la cesión; esos pueblos son parte de toda la nación y sería necesario que toda ella estuviese conforme en sufrir

(1) P. 1.^a, Cap. 1.^o, párrafo 7.^o.

(2) De Cussy Diction. du Dipl. verb. *cession*.

esa mutilación; sabido es que los socios, en cualquier sociedad que sea, no pueden separarse sin una causa justa de separación (3).

Vattel (4) se limita en cuanto a cesiones, a decir que en virtud del dominio eminente, un Gobierno con el objeto de hacer la paz, puede disponer de las *cosas de los particulares*; pero si tal disposición se hace sin que importe desmembración del Estado, no es sino un caso de *expropiación por utilidad pública*, con el cual previa indemnización, tendría que conformarse el particular expropiado; si la disposición se hace con desmembración, entonces como lo hemos demostrado el dominio eminente no la autoriza. Así también opina P. Foderé en la nota de ese párrafo. En el mismo lugar Vattel autoriza la disposición de las personas y en este caso ya deja ver que admite la *cesión*. Pinheiro-Ferreira (5), dice a este respecto, que esta expresión es bastante cómoda para el despotismo de los Gobiernos, que los ciudadanos no son siervos de que pueda disponerse y que el mismo Vattel en otros lugares hace la defensa de sus derechos, con los cuales sería contradictorio el de obligarlos a la obediencia de un gobierno extraño.

Luego podemos sentar como regla absoluta que no hay ante el derecho internacional, ningún medio justo de adquirir derivativamente sin la voluntad de la nación.

(3) Conferencias sobre el derecho natural núm. 125.

(4) Libro 4.º, capítulo 2, párrafo 12.

(5) Nota sobre el párrafo 112, página 476.

Síguese de aquí como corolario que la dominación de un territorio cedido o anexado, sin que la voluntad solemnemente expresada de los habitantes lo autorice, no es ante el derecho de gentes una posesión justa capaz de confirmar algún derecho por el transcurso del tiempo.

*Gravámenes del territorio: uso inocente,
servidumbres*

10. — El territorio, sin menoscabo de la independencia, reconoce algunos gravámenes o cargas; unas emanan del derecho natural, otras de la convención (1).

Los primeros son los llamados derechos de *uso inocente o de utilidad*, y son todas aquellas prestaciones que pueden deducirse fácilmente del principio de equidad; *quod tibi non nocet et alteri pródest etc.*, como es el derecho de tránsito, de comercio, de pesca etc., con las restricciones que se pongan y con los impuestos que se establezcan.

En todos estos derechos, que sólo de la equidad se deducen, debe haber siempre una calidad de *inocencia*, que a nadie sino a la nación a la cual se exige, *toca juzgar sobre ella*, porque nadie sino ella puede *apreciar* lo que *daña sus intereses*, sin estar obligada a demostrar ese daño, porque puede tener razones reservadas para hacer esa prohibición que sería indiscreto revelar.

(1) Bello, parte 1.^a, capítulo 2, párrafo 49

Avanzada es pues, la opinión de Bello (2) cuando supone en los párrafos citados, que puede exigirse un uso cuya inocencia sea *evidente* establecer esta excepción en favor de la nación que exige el uso y contra la que tiene el derecho de juzgar de él, es convertir en *obligación coactiva*, un simple *deber moral* y ya dijimos en los Preliminares, que a una nación puede exigírsele todas sus obligaciones, más no todos sus *deberes*; más aún siendo cosa difícil calificar la *evidencia* del carácter inocente, por ser ese carácter una idea moral y no una percepción física, con tal doctrina habría siempre un pretexto de intervenciones o de guerras en que el fuerte abusaría, con visos de justicia contra el débil.

El uso inocente, en todo caso no es sino un deber moral que no admite coacción, no es una obligación y por lo tanto puede negarse cuando a la nación a la cual se exige, le conviene calificar de *no inocente el uso sin más satisfacción*.

Los gravámenes que emanan de la convención, son en primer lugar *los mismos derechos de uso inocente elevados a pacto, o hechos obligatorios por el pacto a terceras potencias*, como cuando se pacta conceder a una nación lo que a otras se conceda. Es en este caso solamente, en que el *deber* está elevado a *obligación*, que sería una *injuria negar el uso sin demostrar razones muy plausibles*, como lo dice Bello (3).

(2) La opinión de Bello es la de Vattel, lib 2, cap 9, párrafos 128 y 129. Ella está victoriosamente combatida por el barón Chambrier d'Oleires, nota al párrafo 128 citado.

(3) P. 1, Cap. 2, párrafo 7 al fin.

En segundo lugar las servidumbres que se pactan, por ejemplo cortar madera en los bosques, abrir canales, etc. Por último todo compromiso o empeño de carácter real expreso entre naciones, tiene aunque indirectamente, *ad ulteriora*, cierta tendencia real, que afecta el territorio, al menos para la subsistencia de la obligación.

Las primeras obligaciones son *personalísimas* porque sólo emanan de la personalidad de la nación y se extinguen con ella (4). Los segundos subsistían, aún en el caso de que la nación obligada abandonase completamente el territorio, porque son un *jus in rem*. Las terceras subsistirían aunque desapareciese la personalidad de la nación obligada, por ser un *jus ad rem*, que pasa contra los sucesores que se hacen cargo de la cosa y representan la persona (5). Algunos creen que pueden los derechos de la segunda categoría adquirirse por *uso*, pero envuelto este origen en el caso de prescripción, hablaremos de él, como de ella, en el lugar destinado al conflicto de derechos.

(4) Nótese que hablamos de la *personalidad de la nación* y no de la del *monarca o dictador*, como lo hace Vattel Cap 12, párrafo 183 cuya distinción combaten justamente Pinheiro-Ferreira, Wheaton y P Foderé, p 172 y 173 edición de 1863 La distinción entre obligaciones puramente personales y reales, puede subsistir, si prescindiendo de la persona del monarca, nos fijamos en la persona moral de la nación.

(5) Belle, P. L.^a, Cap. 9, párrafo 3.º.

Conflicto de derechos

II — Siendo el derecho, no en su acepción general, sino en la de facultad que compete a un agente para cierta acción justa, una situación conforme a la justicia, en la cual, el agente a quien corresponde, tiene libre acción, resulta que rigurosamente no pueden haber dos derechos en contradicción porque la justicia es única y exclusiva (1).

Pero puede presentarse la concurrencia de derechos sobre una misma cosa, y en esa concurrencia alguno debe prevalecer para dirimir el conflicto, por más que todos se presenten con un *título* análogo, en apariencia de la misma fuerza y de la misma importancia; luego, si en estos casos nos fijamos en la idea precisa de lo justo, esta idea hará claro el deslinde difícil de todos los derechos que concurren y se choquen.

El primer conflicto de derechos que presentan los autores es el de propiedad con el que llaman de *necesidad*. Grocio, consecuente con su teoría de que la propiedad es creación del derecho civil, dice que al establecerla se ha reservado, como una excepción al goce exclusivo de ella, el caso de extrema necesidad, en el que revive la antigua *comunión primitiva*, y pone por ejemplos, lo que sucede en una navegación si faltan los víveres, en un incendio si hay que derribar edificios, etc. (2).

(1) Santistevan. Derecho natural p. 1^a, sección 4.^a, párrafo 6^o.

(2) Lib. 2, Cap. 2, Sec. V, párrafos 1, 2, 3.

La misma opinión sigue Vattel (3), y sin modificación alguna Bello (4). Si el hecho pasa en el interior de una nación y entre gobernante y gobernados, el tal derecho de necesidad no es sino un caso de expropiación, que se deduce del dominio eminente; en virtud de la necesidad pública se priva al ciudadano de su propiedad, previa indemnización, o por ser la necesidad urgentísima, *previa garantía* de que será indemnizada.

El conflicto verdadero estará cuando el derecho llamado de necesidad deba ejercerse de nación a nación, por sentir una de ellas la necesidad extremada y por no poderse llenar sino despojando a la otra de una parte de su propiedad. De un lado está el derecho *a vivir, la necesidad*, de otro lado la *propiedad de los habitantes* de la otra nación, la independencia de ella, la jurisdicción e imperio que sólo en ella dispone de la garantía de las cosas.

Aunque el caso es muy difícil de suceder hoy que el comercio atiende libremente a las necesidades recíprocas de las naciones, veremos si en efecto hay tal derecho de necesidad y si puede importar, aunque sea accidentalmente, una derogación a la propiedad particular y un ataque a la independencia.

Las opiniones de los autores arriba expresados, nada resuelven, puesto que la propiedad no es obra del derecho civil, ni ha podido existir esa comunidad que se pretende resucitar para el caso

(3) Lib. 2, Cap. 9, párrafo 118, 119, 120

(4) P. 1.^a, Cap. 2, párrafo 7.

de necesidad; ni tampoco es la propiedad solamente la que se compromete, sino también la independencia.

“Atribuyéndose, dice el barón Chambrier de
“Oleires (5) al derecho de necesidad el efecto de
“un derecho perfecto, es decir de hacerse efectivo
“por la fuerza, Vattel admite sin embargo que si
“aquellos a quienes se quiere obligar por la
“fuerza, experimentan igual necesidad, tienen el
“derecho de resistencia; mas este pretendido de-
“recho perfecto sería entonces, en cuanto a sus
“efectos un derecho imperfecto, puesto que se
“podría rehusar con justicia. Véase por esto, cuán
“ilusoria es en su aplicación la distinción de dere-
“chos perfectos e imperfectos (6). El abate Ga-
“liani dice que la necesidad no da derechos, y
“el deber perfecto según M. Zulzer, debe siempre
“ser tal que aquel que quiera exigirlo esté en
“situación de reconocer con certeza que es una
“de las obligaciones naturales de aquel de quien
“se exige. *Es pues falso que la extrema necesidad
“hace justa una acción, contra una resistencia
“también justa. La extrema necesidad la hará
“excusable, a pesar de su injusticia. La necesidad
“no tiene pues, ningún derecho, tiene solamente
“privilegios, mas estos privilegios son los mismos
“que los de la ignorancia, la locura, en una pala-
“bra, los de todo estado en que el hombre obra
“sin tener la libertad de sus acciones. Así, en el*

(5) Notas a Vattel

(6) Veanse los Preliminares, párrafo 5.

“ caso en que la extrema necesidad sea igual y
“ común a las dos partes, el derecho de la que
“ defiende su propiedad es mayor que el de la
“ que se ve obligada a atacarla”.

En este último caso del autor, no hay conflicto, en igualdad de circunstancias, el propietario, no sólo tiene para alterar la ecuación a su favor con justicia, el derecho de propiedad, sino la *prioridad*, esto es, el haber llenado de antemano la necesidad que viene a afligirlo.

En el caso en que toda la necesidad esté de una parte, la otra tiene desde ya un *deber moral* de socorrer a la parte necesitada; pero a este deber moral no puede ser compelida, porque *nadie sino ella misma y en su conciencia*, es juez de hallarse o no en ese deber moral (7); luego nadie a título de necesidad puede compeler a otro al socorro; una nación tampoco puede reclamar de otra ese socorro porque tal reclamación quedaría vencida con la *simple negativa de hallarse en el caso de socorrer*. Emplear la fuerza para investigar la verdad de esa excepción, sería atacar la independencia por la simple conjetura de que puede no ser cierta la excepción alegada, y el derecho de gentes lejos de dar reglas para la paz, daría sólo pretextos para la guerra. En el conflicto de necesidad y propiedad, ni aquella prevalece sobre ésta, ni ésta sobre aquella, si ellas solas existiesen, sucedería lo que dice Chambrier de Oleires, el despojo del necesitado sería una acción *no impu-*

(7) Zulzer Recherche sur un principe fixe pour la distinction de la moral et du droit naturel.

table, aunque en sí misma injusta. Pero está por medio la independencia de las naciones y este derecho superior a una y otra situación de las que luchan, dirime el conflicto oponiendo una barrera al que alegando necesidad pretende el despojo, como en la sociedad civil, la fuerza de la autoridad detiene la *ira irresponsable del loco*, y de los demás impedidos de deliberación propia.

La civilización moderna, ha hecho tan eficaz el deber moral en algunas situaciones, que creemos que ninguna nación en caso de extrema necesidad de otra, negase la satisfacción de ella recibiendo alguna indemnización, y por lo mismo debe suponerse que cuando se deniega, hay una razón poderosa para hacerlo, y debe respetarse como una verdad sagrada, sin recurrir a la violencia para constatarla; hoy la *palabra* de los Gobiernos dada a otros Gobiernos, se supone la verdad; entre pueblos cristianos, ningún agente tiene derecho para poner en duda la manifestación de los gobernantes respecto a hechos internos y para combatirla, sería necesario poner delante una muy concluyente prueba de lo contrario.

No hay pues, tal derecho de necesidad; respecto a ella sólo existe entre naciones el simple *deber moral*, dependiente del juicio y de la conciencia de la nación a quien se exige.

Relativamente a la prescripción dijimos que eran tres los derechos que podían ponerse en conflicto, el del antiguo poseedor, el del poseedor actual y el de los habitantes sobre los que se ejerce el dominio eminente. Poco esfuerzo se ne-

cesita para comprender que el primero, en las razones que alega para pretender que subsisten sus derechos sobre el territorio que dejó de poseer, sólo alega un título que su abandono y la ocupación de otro ha invalidado completamente, porque el título incoado a la posesión de un territorio, no puede ser indefinido, si, como dijimos antes, no sigue *inmediatamente la ocupación y el establecimiento*, caduca ese título.

Queda solamente el agente que colonizó y la colonia, y como también hemos demostrado, que el dominio eminente sólo existe en la necesidad de la dirección social y política, caducando esta necesidad, por llegar la colonia a un estado en que puede gobernarse a sí misma, resulta que el conflicto de derechos se resuelve a favor de ésta en la prescripción, ya sea para que inmediatamente goce de su emancipación política ya sea para que en adelante pueda gozar de ella. En este sentido, único admisible entre naciones, la prescripción se nos presenta como justa y necesaria para dirimir el conflicto de derechos.

De lo mismo resulta que no es el *uti possidetis* lo que da el derecho exclusivo, sino el porvenir de una personalidad o la jurisdicción que está ejerciéndose sin interrupción, para la felicidad, civilización y progreso de una sociedad civilizada. El *uti possidetis* sin estas condiciones que lo justifican, no puede ser sino *una base convencional* que se adopte para un arreglo o convención, pero no un título o un precedente que sea necesario respetar en arreglos ulteriores o que forme doctrina consuetudinaria entre los pueblos.

No es posible determinar el tiempo que se necesita para que la prescripción en el caso expuesto consuma la legitimidad de la adquisición, pero del objeto de la posesión que se requiere puede deducirse que cuando menos, se necesita todo el tiempo necesario para que la colonia establecida radique intereses, forme hábitos y constituya necesidades inherentes a la localidad.

Una simple factoría, un establecimiento cualquiera, a más de no dar la posesión que se requiere para la prescripción, tampoco daría base para calcular el tiempo necesario.

Dijimos también que los derechos reales que importan una servidumbre, como el derecho de cortar maderas en los bosques de una nación, se pueden adquirir por *uso*. Debe distinguirse si este uso es de parte de las autoridades de la otra nación o de parte de los súbditos de ella; en el primer caso, debe reputarse una *mera concesión eventual*, pues de otro modo no se concebiría la independencia, y esa concesión debe ceder, desde el momento en que la nación que la hacía, la rehusa fundada en razones propias, porque tal uso no es una posesión capaz de confirmar un derecho entre naciones. Si las autoridades de una hacen cualquier uso del territorio de otra sin que esta reclame, lo único que se deduce es que permite ese uso por creerlo inofensivo o no perjudicial, si el uso continúa se supone que continúa el permiso, y sería injusto que en compensación de esta generosidad se alegase *prescripción* y se pretendiese que debe continuar el *permiso siempre por*

haberse concedido, expresa o tácitamente, una vez o en una época.

En el segundo caso, esto es cuando el uso ha sido de partes particulares, es una prescripción ordinaria que los súbditos de una nación consiguen contra el fisco o los habitantes de la otra; si fuese denegado, la cuestión ya no sería de derecho público internacional sino de derecho internacional privado, en cuanto a la jurisdicción de las autoridades que deben fallar sobre la cuestión, y de puro derecho civil en cuanto al fondo de la cuestión.

Por conclusión de este párrafo sólo nos resta combatir la regla de Bello ⁽⁸⁾, en cuanto a los derechos que deben prevalecer en un conflicto cualquiera porque para esta solución se fija en el principio del sistema egoísta ⁽⁹⁾, estableciendo que *debe prevalecer aquel derecho que produce mayor suma de bien y utilidad*.

Entre las naciones cada una pretendería que el derecho que alega *produce más utilidad* y como esta idea relativa es susceptible de infinitas aplicaciones resultaría en la práctica tal vaguedad que en vez de dirimirse el conflicto se haría más difícil y peligroso.

Los ejemplos que pone Bello son, que si una nación tiene derecho a cortar *maderas en un bosque de otra*, este derecho no debe prevalecer contra el que esta tiene para desmontar el bosque y construir ciudades, porque *este derecho produce*

(8) P. 1.^a, Cap. 3, párrafo 4

(9) Derecho Natural, núm. 100

mayor utilidad; pero la otra podría decir que las maderas las necesita para construir buques, sin los cuales el océano y los ríos carecen de utilidad y que por lo tanto *es más útil cortar maderas que fundar ciudades que bien pueden fundarse en otra parte.*

Ciertamente que el derecho de desmontar el bosque debe prevalecer, pero no por razón de *utilidad* sino por razón del *dominio eminente* que la nación ejerce sobre sus cosas y por razón de la independencia de que goza, pues aunque *cortar maderas fuese más útil* que fundar colonias, no *es justo* que una nación prohíba a otra del derecho de establecerlas en su territorio.

Esto mismo sucede en los demás ejemplos: los derechos que emanan de la independencia, en su ejercicio interno, son exclusivos por *justicia* no por *utilidad*, y todo otro derecho que pretenda ponerse en conflicto con aquellos tiene que ceder, porque de otro modo se atacaría la libertad de las naciones.

Nunca faltará, pues, una razón de justicia para decidir el conflicto de derechos, aún en el raro caso de que concurran varios de *igual naturaleza* sobre una misma cosa, porque según la máxima de *quien es primero en tiempo es primero en derecho* el de origen más antiguo, será el que prevalezca sobre los otros ⁽¹⁰⁾.

Por último, concurriendo muchos derechos iguales en naturaleza y de un mismo origen, de

(10) Vattel Lib. 1.º, Cap. 22, párrafo 273.

modo que ninguno es más antiguo, resultará que no es sino un solo derecho del cual gozan todos los concurrentes a *pro-rata*, si la cosa es divisible o *in solidum* si es indivisible (11).

Inviolabilidad del territorio

12. — Hemos visto, en el párrafo anterior que ningún derecho real prevalece contra la independencia de una nación; luego podemos deducir inmediatamente que el territorio es inviolable, y que no puede hacerse uso de él por otra nación a pretexto de cualquier derecho real que crea tener, ni bajo cualquier otro pretexto. Casi todos los publicistas están de acuerdo sobre el particular, sin embargo Pinheiro-Ferreira (1), aunque conforme como regla general con esta doctrina, admite una excepción. Si una nación limítrofe, dice, se complace en dar asilo a grandes criminales que conspiran contra la otra y se niega a poner remedio a este mal, noándonos satisfacción alguna, *nos autoriza a entrar en su territorio y hacernos justicia en él* aprehendiendo a esos criminales, sin que haya derecho para que se nos reclame de la violación del territorio a la cual nos fuerza el deber de nuestra propia conservación, y la denegación de justicia que se nos hace; agrega que para este caso los publicistas quieren que primero se declare la guerra, pero que interim esto no se hace, debe respetarse el territorio ajeno, pero que no

(11) Phillimore. P. 1^a, Cap. 7, párrafo 87

(1) Nota al párrafo 93, Lib. 2, Cap. 7.^o de Vattel.

creo justo sufrir la dosis de sacrificio que a la nación ofensora le place imponernos; que si es más débil debe reputarse feliz de que no llevemos más adelante el empleo de nuestra fuerza en una guerra, y que si es más fuerte, que no agregue a la perfidia la bajeza, para venir a tomar venganza de la afrenta que pretende habérsele hecho.

Nosotros creemos, que una vez constatada la denegación de justicia, en un punto sobre el cual deben ser las naciones tan solícitas en satisfacerse recíprocamente, la opinión del publicista portugués es justa; pero adviértase que decimos. *constatada la denegación de justicia*, para significar que a ese hecho debe anteceder la correspondiente reclamación, hecha en forma diplomática, y también para significar que sólo tendrá lugar la excepción cuando *no se ha querido hacer justicia*, y de ninguna manera cuando *no se ha podido hacerla*.

PARTE TERCERA

DE LA NAVEGACION Y DEL COMERCIO

Reglamentaciones marítimas

1. — Desde que la navegación llegó a ser un medio importante de comunicación, se trató de establecerle reglas para impedir los inconvenientes de la arbitrariedad y de la incertidumbre. La navegación llevando fuera de los límites de cada nación sus hombres y sus productos, formó una necesidad común entre ellas, así es que las reglamentaciones consiguientes tomaron un carácter general en que se consultaba un interés más vasto que el interés local. La tradición nos muestra como uno de los códigos más antiguos de la navegación, las llamadas *leyes Rhodias*, cuyo origen se hace ascender a muchos siglos antes de la era cristiana y muchas de esas leyes fueron incorporadas al Digesto Romano (1), y algunas de ellas refundidas en las siete Partidas, sobre todo en el título que habla de las naves (2). Por algunas de esas disposiciones se llega a ver que muchos de los principios que aún rigen la navegación en tiempo de paz, eran reconocidos en las *leyes Rhodias*: el

(1) Tit. De lege Rhodia de jactu

(2) Tit. 9, P 5^a

buen estado de las naves para emprender la navegación ⁽³⁾, la contribución a prorrata para el daño común ⁽⁴⁾, la distinción de averías y de naufragio ⁽⁵⁾, y muchas otras disposiciones que hoy forman la base de los códigos marítimos de las naciones.

En seguida se nos presentan los *Roles o juzgamientos de Oleron*, que es un compendio de costumbres y usos marítimos, y que debe ser muy anterior al año 1364, puesto que una ordenanza francesa de esa época se refiere a él, llamándolo *lois de Leyron*, algunos autores le atribuyen un origen más antiguo ⁽⁶⁾.

Muchas otras ordenanzas y reglamentos, basados en estos principios, se sucedieron hasta fines del siglo XIV en que apareció el célebre código llamado *Consulado del mar*, que por mucho tiempo aparecía de origen italiano, siendo conocido con el nombre del *Consolato del mare*, hasta que M. Pardessus ⁽⁷⁾ demostró que la gloria de ese trabajo pertenece a Barcelona. “El Consulado del mar, dice Wheaton ⁽⁸⁾, no solamente encierra las reglas elementales aplicables a la decisión de los litigios relativos al comercio y a la navegación “en tiempo de paz y en tiempo de guerra, sino

(3) Leg. ult párrafo 1.º D ad. leg. Rhod de jact.

(4) Leg. 1ª ibidem.

(5) Leg. 5 ibidem.

(6) Bello. P. 1.ª, Cap. 6.º, párrafo 3.º

(7) Collection des lois maritimes antérieures au XVII siècle t. 2, Cap. 12.

(8) Introducción a la H. de los P. del Derecho de Gentes. T. de Calvo.

“ que, lo que tiene más relación con nuestro asunto, expone las máximas y los principios más importantes que fueron reconocidos en esa época, “ tocante a los derechos respectivos de las naciones beligerantes y de los neutrales, etc.”. Este código fue adoptado por todas las naciones marítimas del Mediterráneo, como suplemento de sus propias leyes para arreglar la navegación.

Posteriormente, a fines del siglo XVI, era ya conocido otro código marítimo con el nombre de *Guión de la mar* (Guidon de la mer) redactado, según se cree, por un particular en Francia; él resume los principios reconocidos en los códigos anteriores, ocupándose especialmente del contrato de seguros que empezaba a usarse, pero sin dejar de tocar otros puntos de derecho internacional (9).

Debido a estos trabajos particulares, no sólo el derecho de gentes comercial y marítimo, ha llegado a tener fuentes positivas para sus preceptos, sino que la legislación propia de cada país ha conseguido, en estas materias, una uniformidad provechosa.

Libre navegación

2. — La navegación es hoy, por regla general, libre para todas las naciones; “la pretendida soberanía de los mares, dice Wheaton (1), reclamada antiguamente por ciertas potencias ha sido

(9) Wheaton I. cit.

(1) H. de los P del derecho de Gentes. Resumen general.

“relegada al número de las pretensiones rancias
“de los siglos bárbaros, mientras que la libertad
“de la navegación, del comercio y de la pesca,
“fuera de los límites territoriales de cada Estado,
“ha sido generalmente reconocida”. Los buques
de cualquier nación pueden navegar el océano, sin
que los de otra se permitan *visitarlos* en tiempo de
paz o ponerles cualquier otra traba o embarazo.

Navegación de los ríos, lagos, etc.

3. — Establecida la regla general, pasaremos a ocuparnos de los casos particulares, respecto a la navegación costera y ribereña que es la que se hace en los estrechos, golfos, lagos y ríos.

Un río puede hallarse en tres situaciones distintas: o nace y muere dentro de los límites del territorio de una nación que comprende una y otra orilla, o atraviesa en su corriente varios territorios, o como lo vimos en la segunda parte, sirve de límite, separando un territorio de otro. En el primer caso, cuando nace y muere el río en el interior de un territorio, no es sino uno de los caminos que pueden abrirse o cerrarse al comercio extranjero, según las conveniencias de la nación que lo posee. Indudablemente puede considerarse la libre navegación de estos ríos como un *uso inocente* y por lo tanto como un *deber moral* concederlo ⁽¹⁾, pero jamás como una *obligación* que pueda reclamarse eficazmente, porque no podría hacerse sin violar el territorio y sin

(1) Bello, P. 1.^a, Cap. 3.^o, párrafo 5.^o.

usurpar a la nación a quien se reclama, la libertad de juzgar como inocente o perjudicial el uso de la navegación, garantía que hemos demostrado como esencial en todo *uso inocente* que pueda reclamarse (2).

La navegación de los ríos interiores puede abrirse al comercio por tratados y entonces se siguen las reglas de todo tratado como veremos después en la cuarta parte, o por medio de una ley, como lo hizo la República Oriental (3), declarando abiertos al comercio de todas las naciones los ríos navegables, quedando los buques extranjeros sujetos a los mismos reglamentos de *policía y aduana* que los buques nacionales. Igual declaración han hecho otras Repúblicas americanas, como la Nueva Granada en 1843.

En estos casos, la libre navegación, declarada así por una ley, *motu proprio*, no es sino una liberalidad, que puede suspenderse o bien abrogarse definitivamente por otra ley, sin que se pueda reclamar de este cambio exigiendo la *perpetuidad de la concesión o alguna indemnización*, porque esto sería atentar contra la independencia y libertad de la nación, y porque la que usa de su *derecho en si misma ni daña ni ofende a otra*, aunque indirectamente sufra perjuicios considerables. Las leyes no tienen carácter irrevocable, por lo mismo que no pueden preveer las circunstancias del futuro, todas pues, son revocables en parte

(2) P. P. Foderó. Nota al párrafo 130, Cap 9, Lib. 2.º de Vattel, pág. 116, Edición 1863 y autores allí citados.

(3) Ley de 17 de Junio de 1864.

o en todo y sería un caso inicuo de *intervención* coartar a una nación la facultad de modificar o abolir sus leyes.

El comercio extranjero no adquiere *el derecho a la navegación* en el caso de permitirlo la ley, sino que en virtud de ese permiso viene a gozar de una ventaja que se le ofrece generosamente, que debe reputar *temporal y dependiente de la sola voluntad de la nación* que concede ese goce, y sería una perfidia traer complicaciones o reclamos en caso de que cesase la generosidad, porque a más de ser absurdo querer obligar a que alguien sea generoso en sus dominios, es el colmo de la ingratitud corresponder de un modo hostil a las ventajas de que ya se ha gozado.

En el mismo caso de los ríos interiores están los *mares cerrados*, es decir: las partes de mares que no comunican al océano sino por una abertura estrecha, en la cual es imposible penetrar sin atravesar el mar territorial del Estado limítrofe y sin exponerse a su cañón, y cuyas costas, por todos lados, están sujetas a la nación, dueña del Estrecho (4). Esta doctrina subsiste aunque materialmente el estrecho no esté *erizado de cañones*, como dice el mismo autor que citamos.

Si los ríos y mares interiores pueden declararse cerrados, *mare clausum*, con doble razón los puertos, ensenadas y radas, y sería absurdo reclamar contra esas resoluciones ya sean temporales o perpetuas, del mismo modo puede ponerse contri-

(4) Hantefeulles Droits et devoirs des nat. neutres t. I p. 241.

buciones y gravámenes a los buques que navegan en esas aguas.

Un río o mar cerrado puede ser abierto por un convenio a una nación solamente o a algunas, sin que por eso deje de ser mar cerrado para las otras, porque la celebración de tratados sobre cualquier cosa del territorio es una facultad eminente de la nación; pero si el río o mar es abierto al comercio de todas las naciones, no podría excluirse a una de ellas, sin un justo motivo.

Resulta de aquí que todo buque, que sin ser obligado por tormenta entra deliberadamente a un río o a un mar cerrado, viola el territorio y puede ser secuestrado (5).

Navegación de los ríos y mares que atraviesan varios territorios

4. — Reconocida la libre navegación del océano para todas las naciones del mundo, tenemos que reconocer la necesidad de la libre navegación de los ríos, canales y mares que llevan a esa navegación común, cuando sus aguas bañan las costas de varios territorios.

Ya en el tratado de paz celebrado en París en 1814, en el art. 5º se estableció en principio que la navegación de los grandes ríos de Europa sería libre y que los derechos que los Estados ribereños percibían serían reglamentados de la manera más igual y más favorable al comercio de todas las

(5) Rayneval, Droit des gens t. 1.º, p. 301 a 303.

naciones. Este principio se aplicó especialmente y de una manera positiva a la navegación del Rhin que más embarazada había sido por los reglamentos de diversos estados ribereños, y aún a la del Escalda, cerrada por el tratado de Westfalia en favor del comercio holandés y cuya abertura había sido uno de los motivos de la guerra por parte de Inglaterra en 1793 (1). Por último, la libertad de la navegación del Danubio, del Vístula, del Elba, del Oder, del Wesser, del Po y de todos los demás grandes ríos de Europa ha sido *consagrada como principio del derecho público* (2).

Después del tratado de Viena de 1815, es un principio no sólo de derecho natural, sino también reconocido positivamente, que: *la navegación comercial de los ríos que separan diferentes Estados o que corren al través de sus territorios es libre en toda la extensión de su curso*, cuyo principio fue confirmado por el tratado de París de 1856 (3). Este principio ha sido invocado anteriormente en todas las discusiones sobre la navegación de los ríos; lo fue en 1795 por el Gobierno de los Estados

(1) Wheaton H. de los P. del Derecho de Gentes traducidos por Carlos Calvo, 4.º Per., párrafo 21, p. 175.

(2) Idem. Resumen general, p. 391

(3) Art. XV. "Habiendo establecido el acta del congreso de Viena los principios destinados a arreglar la navegación de los ríos que separan o atraviesan muchos Estados, las potencias contratantes estipulan entre sí, que en el porvenir esos principios serán aplicados igualmente al Danubio y a sus embocaduras. Declaran que esta disposición hace de aquí en adelante parte del derecho público de la Europa y la toman bajo su garantía. (Carlos Calvo, apéndice a Wheaton).

Unidos, cuando España dominaba la embocadura del Misisipi, quedando triunfante por el tratado firmado en San Lorenzo el Real, que declaró (art. 4.º) libre su navegación para los ciudadanos de la Unión; hoy este río es *interno* por la adquisición que estos hicieron de todo el territorio que ese río baña; el mismo principio se invocó en 1828 sobre la navegación del San Lorenzo reclamada como común por los Estados Unidos y resistida por los ingleses (4).

El Dictador Rosas, quiso desconocer estos principios, declarando cerrados los ríos de la Confederación, que son necesarios para la comunicación con el Paraguay, así como el Uruguay lo es para la República Oriental; por este solo hecho la navegación de estos ríos se halla en el caso del principio universalmente reconocido de *libre y común navegación*. Entre los defensores de este principio sobre nuestros afluentes al Río de la Plata, P. P. Foderé (5), cita a Florencio Varela, J. B. Alberdi, Velez Sarsfield, etc. Balcarce, en un escrito notable, transcribe la opinión de este último, en el párrafo siguiente: “La libre navegación de los ríos es tanto para Buenos Aires como para las naciones situadas en la parte superior de los ríos, no un derecho convencional, sino un *derecho natural gravado sobre el territorio* por el dedo de la Providencia, que obliga a poner el orden moral en armonía con el orden físico

(4) Bello, P. 1ª, Cap. 3º, párrafo 5.º al fin.

(5) Nota al párrafo 131, Cap. 10, Lib. 2 de Vattel, p. 119. Edición 1863.

“y a mirar los ríos navegables como un gran camino que une a todas las comarcas el interior del continente”.

En 1846 la República del Paraguay abrió sus puertos al comercio extranjero, declarando tener derecho a la libre navegación del Paraná y que la oposición del Dictador de Buenos Aires al goce de ese derecho era una de las causas que justificaban la guerra. El Dr. D. Florencio Varela apoyó esa pretensión del Paraguay como justa, reconociendo el derecho a la navegación del Paraná por esta República y por las naciones que con ella celebrasen tratados de navegación y comercio; compara su situación a la de Bélgica, cuando se separó de Holanda en 1832, respecto a la navegación del Escalda, y más aún, sostiene que en América los principios sobre esta materia deben aplicarse con más liberalidad por no existir las razones de rivalidad de puertos y de encontrados intereses que sea necesario conciliar con dificultad. “Si Buenos Aires, dice el ilustre publicista argentino, tuviera otro Gobierno que el de Rosas, él comprendería, a la primera mirada, que su interés estaba en no dar entrada a cuestión alguna, sino por el contrario *en adoptar de plano la base de la libre navegación*, como un principio seguro de riqueza, de desarrollo, de engrandecimiento futuro; limitando los arreglos a las leyes de policía y aduanas, para proteger su comercio contra el contrabando y para derivar del *permiso de tránsito* una renta que, sin gravar desproporcionadamente al comercio ni a la na-

“vegación extranjera, crecería y llegaría a ser muy considerable a medida que aquellos se desarrollasen (6)”.

La opinión pues, de los publicistas del Río de la Plata está en consonancia con el principio de la libertad de navegación en los ríos que bañan varios territorios que comunican con otros ríos como canales necesarios para la navegación al Océano. Unicamente tenemos que observar que el impuesto que el Dr. Varela hace derivar de lo que llama *permiso de tránsito* es inaplicable desde que él mismo reconoce el tránsito como obligatorio; tal permiso y tal derecho se establece en lo que se llama *mare clausum*; en la libre navegación se permiten los derechos relativos a la policía, aduana, anclaje, etc., pero no el de *permiso de tránsito*, siendo ese tránsito un *derecho de cada uno*. Pero esto no altera lo esencial de la doctrina, cuya liberalidad y justicia hace honor a quien trazó esas líneas en medio de la ardiente lucha de ideas en esa época y con el apremio de llenar las columnas de un diario.

Respecto a la navegación del Uruguay, se ha declarado común para la República y el Imperio del Brasil, así como la de los afluentes que les pertenezcan (7). Ambas partes contratantes se comprometieron a invitar a los otros Estados ribereños del Plata y sus afluentes, a celebrar un arreglo semejante con el fin de hacer libre para ellos

(6) Comercio del Plata, núm 87.

(7) Art 14 del Tratado celebrado en Río de Janeiro el 12 de Octubre de 1851.

la navegación de los ríos Paraná y Paraguay, que si esta invitación tenía éxito, se establecerían en común los reglamentos fiscales y de policía de esos ríos y si no, las mismas partes contratantes, llevarían a cabo, por sí solas, ese trabajo (8). También se combino invitar a los ribereños del Plata a la destrucción del Salto en el Uruguay o a evitarlo por medio de una canal lateral, y en caso de negativa a practicar, las partes contratantes, los estudios necesarios para dar cima a esa obra (9), o si eso fuese muy difícil o costoso por medio de un camino terrestre, bajo las bases del tratado definitivo que se realice (10).

Nosotros creemos que para tener validez estos tratados necesitan que haga parte de ellos la Confederación Argentina; la navegación del Uruguay es común con ella por bañar sus aguas la costa de su territorio, mientras que el arrecife del Salto, límite *intra-territorial* de la navegabilidad del río, lo excluye de la navegación brasileña; si esta nación puede ser copartícipe de esa navegación, sólo podrá serlo, pues, por una convención; pero para que una convención sea válida, es preciso que pacten en ella los copartícipes naturales y no uno solo. Bueno es tener presente estas ideas para si llega la oportunidad del tratado definitivo que se anuncia en esas convenciones de que hemos dado cuenta.

(8) Artículos 15, 16 y 17.

(9) Art. 19.

(10) Art. 17. Tratado ratificado en Julio de 1858.

Navegación de los ríos que limitan un territorio

5. — Ya vimos en la segunda parte que los ríos limítrofes son comunes y que una línea imaginaria que pasa por su centro, divide para la *jurisdicción* sus aguas y sus islas. En cuanto a la navegación es que ella es *común* a ambos países limítrofes; pero por lo mismo no es la división material de sus aguas la regla práctica, porque bien podría suceder que un río tuviese sus canales navegables más inmediatos a una que a otra costa, o que dibujando una espiral, ya se acercase a una u otra, de manera que si para la jurisdicción territorial es buena la regla de la línea imaginaria que pasa por el centro del lecho del río, no lo es para la navegación del mismo; la palabra *común navegación* quiere decir que los buques de uno y otro Estado pueden navegar libremente el canal del río limítrofe, ya éste se acerque o se aleje de una de las costas (1).

Habiendo combatido en la segunda parte la opinión de algunos publicistas sobre la suposición de ocupación del río limítrofe, por la sola prioridad de la ocupación del territorio ribereño, o por la práctica de la pesca y de la navegación, resulta á *fortiori* que menos podrá deducirse de ese simple hecho la absoluta navegación a su favor, siendo aún más liberales los principios que rigen esta materia. “Cuando un río navegable, dice Whea-

(1) P. P. Foderé Nota al párrafo 130 de Vattel, Lib 2, Cap. 9.

“ ton (2) forma frontera entre dos estados, se presume siempre que la navegación es libre para las dos naciones limítrofes”. Es verdad que más adelante este autor supone que esa presunción puede destruirse en virtud de pruebas de que uno de los Estados haya ejercido desde mucho antes derechos de soberanía sobre la corriente de agua en cuestión. El error de Wheaton está en que ha dado a la palabra *presunción* un sentido jurídico y no filosófico; en derecho civil se presume a falta de pruebas y tal presunción cede a la verdad, pero en las relaciones internacionales, si alguna vez se presume una cosa, es por razón de *justicia absoluta*; luego las presunciones del derecho de gentes son *juris et de jure* que no admiten prueba en contrario, porque ellas son las pruebas perentorias en el litigio de las naciones que no han de ocurrir ante un juez a deducir razones relativas sobre hechos que no sean notorios. Las presunciones del derecho de gentes tienen por objeto dirimir las cuestiones por la idea de justicia, así es que no se presume sino lo justo. Tal sucede en este caso; si una nación ocupa un territorio hasta una de las orillas de un río, sin llevar más allá su ocupación aunque pesque y navegue en ese río, lo que razonablemente se deduce es que deja libre a la ocupación de otra nación la ribera opuesta y por lo tanto las aguas que bañan esa ribera; además si pesca y navega en ese río, sin apropiarse por eso la ribera opuesta, lo que se deduce

(2) *Eléments du Droit International*, t. 1.º, p. 130, párrafo 11.

es que deja la facultad, de que la nación que ocupe esa ribera más tarde, se aproveche de ella, pescando y navegando en sus aguas; si es reconocida la libre navegación en corrientes de aguas que atraviesan varios territorios, hay mayor razón de justicia para reconocer esa misma libertad y comunidad en el río que es el límite entre uno y otro territorio y por lo tanto un camino necesario para ambos; la navegación no es un derecho exclusivo que importe ocupación y posesión, es el uso que admite el mismo océano, y si un río puede ocuparse exclusivamente, no es por cierto porque se navegue en él, sino porque *habiéndose ocupado sus márgenes, sus vertientes y su embocadura, es mare clausum, no puede navegarse sin violar el territorio* que lo circunda por todos lados, sin que la naturaleza traiga desde más lejos un canal que lo una con territorios ajenos. Pero cuando un río es límite, no hay razón alguna para que una sola nación ribereña se apropie la navegación de todo el río: tal apropiación es un abuso y no es capaz de fundar prescripciones, en cualquier tiempo puede reclamarse. Los escritores que no se remontan a la idea de justicia caen en estos errores peligrosos para la paz de las naciones; no así los de la escuela filosófica, he aquí lo que dice Pinheiro-Ferreira (3): “Cuando el lecho y las masa de agua “del río permiten una libre navegación sea a los “pueblos ribereños, sea a aquellos que tienen derecho de aprovecharse de ella, por hacer su co-

(3) Nota sobre los párrafos 266 a 278 de Vattel, p 252

“mercio con estos, ninguno de estos últimos tendría razón a rehusar el paso *delante de su territorio* o a exigir alguna indemnización, desde que se suponga que no le viene ningún perjuicio y que este consentimiento no le ocasiona gastos. Si, al contrario, gastos o inconvenientes le ocasiona, *todo su derecho se limitaría a hacerse indemnizar por las partes interesadas*”. Y concluye exponiendo el derecho a la policía del río, en caso necesario para la pronta conservación y esto mismo limitado a las circunstancias del caso.

De manera pues, que aunque una nación ribereña hubiese hecho más que navegar el río como profundizarlo o mejorarlo, no podría por eso atribuirse la exclusiva navegación; todo su derecho sería a que se le indemnizase su trabajo y sus gastos, en la parte que tocase a la otra nación ribereña.

Es en virtud de estos principios que a la República Oriental le corresponde, en común con Argentina, la navegación del Uruguay; es por los mismos principios que el Brasil se atribuye sin justicia la navegación exclusiva del Yaguarón y de la Laguna Merím.

El Brasil tiene tal pretensión, a pesar de que como vimos antes, consiguió de nuestra parte la participación en la navegación del Uruguay; solamente reconoció en principio *la mutua conveniencia de abrir, por concesión suya la navegación de la Laguna Merím y del Yaguarón a la bandera de la República Oriental, pero esto mismo quedó*

pendiente para el tratado definitivo (4). No podemos saber a título de qué el Brasil se cree exclusivo en la navegación de ese río y ese lago, cuando ellos bañan nuestro territorio. A título de prioridad sería muy difícil, a título de ocupación absurdo; debemos tener presentes estas ideas para cuando llegue la oportunidad y no renunciar al derecho perfecto que nos corresponde en la navegación libre de esas aguas limítrofes. Aunque el Brasil alegase que tiene prioridad de establecimiento en la margen opuesta del Yaguarón, y aún concedido esto en hipótesis, no podría deducirse en su favor la navegación exclusiva, como lo hemos demostrado, y aunque alegase ocupación del río por sus naves, también hemos demostrado que tal ocupación no puede ser exclusiva, desde que no se ha ocupado y mantenido la ocupación de ambas orillas del río, porque sólo de ese modo sería un río interno que pueda cerrarse.

Navegación de los mares que bañan diversos territorios

6. — Ya dijimos antes que cuando un mar, canal o golfo, estaba encerrado entre costas de un solo territorio, seguía la regla de los ríos interiores, y podían considerarse *mare clausum*; este principio reconocido en el tratado de 13 de junio de 1741 (1), con el Sultán, sobre la entrada de

(4) Art 13 Tratado de 1858

(1) Confirmado por el primer anexo del tratado de París de 1856, Art. 1.^o

los buques de guerra de las potencias europeas en los estrechos de los Dárdanelos y del Bósforo, ha venido a deslindar el caso estableciéndose como regla lo siguiente: "Cada Estado se considera con "derecho de jurisdicción territorial sobre la mar "que baña sus costas, en una extensión de tres "millas inglesas de dichas costas, y por consi- "guiente un Estado que posee las *dos orillas opues- "tas de un estrecho que no tiene más de seis "millas de ancho, tiene derecho sobre ese estre- "cho*". (2) He aquí pues como todos los antece- dentes y todas las doctrinas justifican la regla general de que *la ocupación de las aguas se hace solamente por la ocupación de la tierra que las rodea*, no es el derecho a las aguas sino el derecho a las costas lo que justifica la clausura de un mar, luego siempre que un mar cualquiera, *estrecho o golfo, baña costas de distintas naciones es un mar libre para la navegación*.

El principio arriba expuesto sobre los estrechos, se entiende solamente en el caso en que ese estrecho no es comunicación entre dos mares libres, o entre un mar y un golfo que pertenece a varios Estados; en estos casos la navegación del estrecho es libre, como es libre la navegación de los ríos que, aunque no atraviesan varios territorios, son un camino necesario al mar.

(2) Wheaton H de los P. del Derecho de Gentes, 4º Período, párrafos 32 y 33

Distinción entre la jurisdicción y la navegación de las aguas

7. — Aclaremos lo expuesto en el párrafo anterior, haciendo una distinción necesaria entre el derecho de navegación en las aguas y el derecho de jurisdicción ejercido sobre ellas; ambos derechos lejos de excluirse, se concilian. La navegación no es sino el derecho de transitar y de practicar los actos necesarios al tránsito, como la arribada, anclaje, etc. El derecho jurisdiccional se refiere a la policía de las aguas, a los impuestos, al juzgamiento de los litigios marítimos, etc.

A un Estado por donde pasa un río que baña costas de otro territorio, o que tiene un estrecho que da comunicación a los mares, podrá exigírsele la *libre navegación*, como una necesidad común, pero esta palabra en derecho de gentes, no importa la exoneración de la jurisdicción en los lugares costeros de ese Estado a quien se exige. importa solo *dejar libre el paso*, y mientras se efectúa por entre sus costas, reconocer su jurisdicción, del mismo modo que se reconoce cuando se ancla en sus puertos. Es por esta razón que hemos tenido cuidado de no confundir la navegación de las aguas, con la separación que las aguas hacen de varios territorios y aun hemos dado reglas distintas. No puede alegarse pues la *jurisdicción* contra la *navegación* en los casos en que ésta puede reclamarse, porque este derecho no excluye a aquélla, sino al contrario, presupone el ejercicio propio de *esa jurisdicción*. Del mismo modo no puede alegarse el derecho de *navegación*

contra la *jurisdicción costera*, porque lejos de excluirla viene a motivarla, a ofrecerle casos en que puede ejercerse, con el impuesto o el juzgamiento de los conflictos que esa navegación ocasione (1).

Así un buque que navega por un río que atraviesa varios territorios, deja de hallarse bajo la jurisdicción de uno, cuando pasa a los límites *de otro*; un buque que navega en un río limítrofe, se halla ya bajo una u otra jurisdicción de los ribereños, según el caso ocurra de *uno u otro lado de la línea imaginaria que divide el río en dos mitades sobre su anchura, respecto a la jurisdicción de sus aguas*; un buque que navega de un mar a otro, aunque tenga derecho a cruzar por el estrecho que los divide, mientras lo cruza se halla bajo la jurisdicción de las autoridades costeras del estrecho.

Jurisdicción y navegación son dos derechos distintos, que emanan de principios distintos; la primera del imperio y dominio eminente ejercido sobre la costa o ribera, la segunda de la *comunidad de las aguas y de la necesidad de transitar por ellas, cuando bañan más de un territorio*.

Sería un error derivar el derecho de navegación de el de jurisdicción o viceversa; de otro modo, las aguas que son comunes por correr sobre más de un territorio, quedarían encerradas por los límites de cada Estado, o bien la jurisdicción burlada entre los mismos límites del territorio.

(1) Del derecho de jurisdicción y casos de su ejercicio corresponde tratar en el derecho internacional privado, por eso no nos detenemos aquí sobre estas materias.

Libertad de comercio

8. — El comercio no es otra cosa que el cambio que hacen los particulares de sus cosas al amparo de las leyes; cuando ese cambio se hace entre los ciudadanos de un mismo Estado, se llama comercio interno, cuando se hace entre habitantes de distintas naciones, comercio *externo*. La misión de los Gobiernos no es otra que la de proteger ese comercio, facilitarlo, hacerlo cómodo con reglamentos adecuados y liberales o protegerlo con las restricciones que les parezcan convenientes.

De estas medidas liberales o restrictivas los Gobiernos sólo son responsables ante sus súbditos, no ante los Gobiernos extranjeros, que no son jueces en esta cuestión de buen o mal Gobierno.

Las naciones tienen pues, todas ellas, un deber imperfecto de comerciar entre sí para ofrecerse unas a otras la satisfacción de sus necesidades; pero no tienen *obligación* de hacerlo, ni puede compelerseles a que lo hagan, aunque sea a nombre de sus propios intereses, a no ser que ese deber moral haya sido elevado a la categoría de obligación por un tratado especial (1).

“El derecho comercial, dice M. Cauchy (2), es, según nuestra opinión, una de esas materias en las que, el derecho de los pueblos, por más evidente que sea en sí mismo, no toma sin em-

(1) Vattel Lib 2, Cap 2, párrafo 26 Wolf Jusgentium, párrafos 73 y 74.

(2) Le Droit maritime international, t 1, p. 28 y 29. Edición 1862.

“bargo una forma positiva y práctica sino cuando
“se traduce por costumbres, pactos o tratados en
“obligaciones definidas y limitadas. Ir más lejos
“y transformar, como lo han hecho algunos pu-
“blicistas, en causa legítima de guerra, la repul-
“sión de comercio de parte de un pueblo, que
“no está ligado por ninguna suerte de pacto ni de
“promesa, es violar en nombre del principio de
“libertad de comercio, los derechos sobre los cua-
“les esta libertad reposa”.

El autor supone que uno de los medios de constituir *obligación de comerciar*, es la *costumbre*; sobre esto no creemos exacta su doctrina; desde que se reconoce que el comercio es dependiente de la voluntad de la nación que lo admite y que esa voluntad no puede expresarse, para el extranjero, sino por medio de las medidas que lo permiten o prohíben, la costumbre no es aquí *un medio de adquirir por tiempo*, porque *la libertad ajena no se prescribe* y ese derecho de costumbre no pretende otra cosa que forzar a la voluntad de comerciar, expresada en una época, a que siga manifestándose en épocas siguientes y tal resultado de la doctrina sería injusto, a todas luces; el derecho a comerciar con una nación no puede prescribirse, porque el uso de ese derecho no importa ni puede importar *posesión* de ninguna clase que afirme o constituya un derecho.

Martens, (3) reconoce también el deber general, pero no obligación perfecta, de que una nación no

(3) Précis du droit mod de l'Eur., t. 1, párrafo 140.

se rehuse al comercio de las otras, cuando este comercio no la perjudica, pero, agrega, es a ella a quien corresponde juzgar de ese perjuicio, y que, respecto al caso de necesidad (4), cada nación tiene derecho incontestable de rehusarse al comercio con otra, y por consiguiente prestándose a él, imponer ciertas condiciones o restricciones que juzgue convenientes.

Lo que se llama libertad de comercio, es la facultad que todas las naciones tienen de comerciar entre sí, sin que otra se arrogue la supremacía de ese comercio, o ejerciendo alguna otra violencia semejante (5). La pretensión de los portugueses, en el siglo XVII, para excluir del comercio de las Indias a las demás naciones, atacaba pues, la libertad del comercio, y Grocio (6) combatió desde entonces esa pretensión, quedando reconocido el principio de que sólo la nación que abre su comercio, es la que puede poner restricciones o impedirlo en sus mares y puertos. Así pues, no choca con la libertad de comercio, que una nación lo reglamente en sus puertos estableciendo: 1.º Que el comercio exterior se haga solamente por tal o tales puertos habilitados. 2.º Que la importación o exportación se haga de éste o de otro modo. 3.º Prohibir o permitir la importación o exportación de tales o cuales mercaderías. 4.º Establecer o levantar aduanas en los puntos

(4) Véase lo que dijimos sobre este derecho en la 2.ª parte.

(5) Martens, lugar cit

(6) De mare libero. Cap. 8, 9, 10, 11 y 12

que juzgue convenientes. 5.º Acordar a una nación ventajas sobre otras. 6.º Ejercer jurisdicción sobre las naves y tripulación mientras permanezcan en sus aguas (7).

Pocas naciones habrán que a este respecto hayan tenido y tengan una legislación más restrictiva que Gran Bretaña. “El objeto uniforme y favorito de “la política británica, dice Chitty (8), ha sido “reservar su tráfico exterior a sus buques y marineros; a cuyo efecto les ha conferido privilegios e inmunidades especiales, prohibiendo, bajo penas severas, hacer partícipes de ellas a los “extranjeros”. En efecto, ella prohibió la importación y exportación de mercaderías en buques que no fuesen ingleses, así como el cabotaje de los mares y ríos; tales restricciones son contrarias al interés de la nación misma que las opone, pero las demás deben respetarlas, porque nadie puede constituirse en juez de los intereses ajenos, pero indudablemente una nación que en su comercio es tan restrictiva, es la *primera que debe respetar las restricciones que por falta de reciprocidad, usen con ella las otras naciones.*

Bello (9) establece como una *obligación de equidad* que cuando se imponen nuevas restricciones al comercio, se participen antes para evitar los perjuicios que puedan ocasionarse, la vague-

(7) Martens, lugar cit. Chitty Comen, law. Vol 1, Cap 4

(8) Sobre el comercio de bel y neut Traducido por Alema. Cap. 6, párrafo 2

(9) P 1.ª, Cap. 6.º, párrafo 2.

dad de este principio, puede dar lugar a reclamaciones injustas; el gobierno inglés tiene deducida una ante las autoridades argentinas en virtud de no haberse recibido en el puerto de Buenos Aires unos buques ingleses que tocaron en el de Montevideo en tiempo de la dominación de Rosas, y se ha convenido en someter el negocio a árbitros.

Pero la cuestión en tesis general es esta: ¿Debe forzosamente una nación no hacer efectivas las nuevas restricciones que imponga antes de que sean comunicadas? Bello con decir que es una *obligación de equidad*, parece que solo se refiere al *deber moral*, por cuya omisión no puede hacerse un cargo. En efecto, las franquicias o restricciones se acuerdan por leyes que deben cumplirse en el territorio; promulgadas en él, son ya obligatorias; no hay un principio por el cual una nación esté obligada a hacer promulgar sus leyes en el extranjero, con el fin de que sepan la regla de conducta que han de observar los que se preparen a venir a comerciar en el territorio, esto sería obligarla a una diligencia ajena de su misión y no carga con culpa alguna si la omite. Las expediciones que vienen en el concepto de gozar ciertas franquicias que antes existían y han dejado ya de existir, o que creían ser admitidas como antes y no lo fueron en virtud de la nueva reglamentación, sufren un *caso fortuito*, que no es imputable a nadie, porque nadie tiene *culpa* de que suceda, porque el Gobierno de una nación solo está obligado a garantizar los bienes de los habitantes y

no prever la situación futura de bienes que están fuera de su territorio, ni por garantir a esos bienes ajenos, se han de perjudicar los propios, postergando el efecto de una reglamentación que debe suponerse necesaria. Ya hemos dicho que *el que usa de su derecho no daña ni ofende* y una nación que cierra *de pronto* sus puertas, usa de su derecho. No hay pues, tal obligación de comunicar las nuevas restricciones que una nación imponga a su comercio; la equidad sólo puede estar en que así lo haga, cuando no hay *urgencia* en la medida restrictiva. Pero ¿quién puede ser juez de esta urgencia sino la nación misma que la siente? Y sería ridículo que tuviese la obligación de indemnizar al comercio extranjero el perjuicio que se le ocasionase con esa medida que la urgencia del caso hizo adoptar en resguardo de nuestros propios intereses. Parece que las naciones Europeas, se propusiesen esquilmar nuestras rentas a fuerza de indemnizaciones que pretendemos por razones que no son admisibles ante el *jus gentium*, como si estos gravámenes no recayesen sobre sus propios súbditos, que tienen que soportar dobles contribuciones. Cada nación es pues, libre e independiente para abrir o cerrar sus puertos cuando lo juzgue necesario, sin consultar el interés extranjero sino el propio, y sin deber indemnización alguna del perjuicio que esto cause a expediciones del exterior, porque no adquiriendo el extranjero ningún derecho real con la facultad de comerciar, la prohibición de hacerlo posteriormente *no le despoja de algo que le pertenezca*.

único caso que, como la expropiación, da derecho para reclamar una indemnización o un resarcimiento de daños y perjuicios.

-El pie de las relaciones comerciales en una nación, solo depende de sus leyes y reglamentos y estas leyes y reglamentos no son de carácter estable, para asegurar al comercio extranjero una situación también estable.

Gravámenes del comercio

9. — La *visita* en tiempo de paz no puede ejercerse sino en las *aguas* jurisdiccionales de un territorio (1), y todo buque mercante que entre a ellas, aunque tratados públicos le autoricen la entrada, tiene que sujetarse a ese gravamen, como si estuviesen en el mismo puerto. La *visita* no tiene otro objeto que evitar que el fisco sea defraudado en los derechos que haya establecido, de modo que debe practicarse con moderación y sin ocasionar demoras ni perjuicios, pues entonces no sería un *acto de garantía*, sino una traba injusta para la navegación y una ofensa hecha al pabellón que protege al buque mercante que se visita.

Otros de los gravámenes que tiene que soportar el comercio o los buques que lo hacen en los puertos de una nación, es el derecho llamado de *angarias*, del verbo *angariar*, transportar, conducir. Consiste en el flete forzado que los gobiernos imponen a los buques, surtos en sus aguas, para

(1) De Cassy. Diction, du Dip. V. Ter. maritime. Rayneval Droit des gens, t 1, p 301 a 303

objetos de necesidad pública; es pues, una verdadera expropiación, aunque por la premura de la necesidad no pueden llenarse los requisitos previos de toda expropiación, pero siempre habrá la obligación de indemnizar los perjuicios, que no provengan de casos fortuitos, y de pagar los fletes según la naturaleza del viaje o del peligro a que se haya expuesto el buque sujeto a las angarias.

Desde que los buques mercantes, surtos en aguas jurisdiccionales de un Estado caen bajo esa jurisdicción, tanto para la visita como para las angarias, sustraerse a ellas es una rebelión y un delito que puede castigarse con arreglo a las leyes de cada país, donde se cometa.

Del mismo modo los buques que dan fondo en el puerto o en las aguas de un Estado, están sujetos a los impuestos de *anclaje*, *tonelaje* y demás que prescriban los reglamentos de cada puerto.

También es una facultad del gobierno ordenar lo que se llama *embargo*, o más bien dicho, *detención de viaje*, y los perjuicios sufridos por esta detención no es costumbre indemnizarlos; todos los códigos marítimos y mercantiles consideran estos perjuicios como *avería gruesa o común* que se soporta por los interesados en el buque y carga. Esta regla general cede a lo que se estipule particularmente en los tratados.

El derecho de preempción, (*jus proemptione*), es considerado por unos como el derecho aduanero de comprar las mercaderías que se quieren introducir bajo designación de menor valor a el que

fijan las tarifas (2), y según otros (3), el derecho de detener ciertas mercaderías de tránsito para gozar de su compra. La palabra latina *proemptio*, es decir: *preferencia en la compra*, es tan vaga que bien puede aplicarse a este caso como al otro; el primero se practica aún en muchos sistemas aduaneros como castigo del fraude intentado, el segundo no se usa y solo se pondría en práctica hoy, por *una extrema necesidad*. Este derecho de preempción, según Wheaton (4), lo ejercía Francia, conforme a su derecho marítimo más antiguo, en vez del de confiscación bélica, de mercaderías enviadas al enemigo.

En el mismo caso están los derechos llamados de *escala forzosa* y de *transbordo forzado*; no son sino imposiciones ruinosas que no tienen más objeto que la exacción de impuestos, no reconocen otro motivo que esa conveniencia local, predominante en el derecho marítimo de Gran Bretaña (5), Después de las modificaciones que trajo el Congreso de Viena, estos derechos han quedado muy restringidos.

Contrabando mercante

10. — Se entiende por contrabando la introducción clandestina e ilegal de mercaderías prohibidas por las leyes de Aduana, o bien el acto de sus-

(2) De Cussy. Dict de Dip.

(3) Bello. P. 1.^a, Cap. 6.^o, párrafo 5.^o.

(4) H de los p. del Derecho de Gentes. Tr. de Calvo, 1er. Per., p. 172.

(5) Chity. Tr. de Alsina, Cap. 6.^o.

traer mercaderías permitidas a los derechos de importación o exportación que esas leyes señalan. Este contrabando, puramente *mercante*, no ataca sino a la industria, no perjudica sino al *fisco*, cuyos derechos defrauda, pero no a la conservación política del Estado, como el contrabando de guerra.

Las mercaderías de contrabando pueden ser *sequestrables*, caen en *comiso*, pero solamente en el momento en que se pretenden introducir fraudulentamente por los puertos o fronteras terrestres, o bien cuando un buque cargado de mercaderías prohibidas, y bordeando o marinando en el límite del territorio marítimo, sin ser obligado por tormenta u otro accidente fortuito, no obedece a la intimación que se le hace de retirarse.

Entre España y Francia se han concluido tratados especiales para impedir el contrabando, y en casi todos los tratados de comercio se encuentran cláusulas relativas a él; pero ninguno de estos actos autoriza la confiscación de las mercaderías de contrabando o prohibidas, a bordo de buques extranjeros, *cuando se hace su declaración*. Esta declaración es obligatoria de parte del capitán y fácilmente se comprende, que haciéndose, falta base para suponer el fraude y da motivo para tomar las precauciones necesarias para precaverlo. Entre esas precauciones está la de obligar a la descarga y depósito de las mercaderías hasta que llegue el momento de alejarse el buque, restituyéndoselas entonces ⁽¹⁾, o simplemente redoblar

(1) De Cussy Dict du Dip v Contr

la vigilancia aduanera, que es lo menos oneroso para la navegación.

Comercio prohibido (interlope)

11 — Llámase comercio prohibido (interlope) todo el que se hace en contrabando o en fraude y por lo tanto en oposición con las leyes de un Estado. El objeto de este comercio es conseguir la importación o exportación de mercaderías prohibidas, o sustraer las más recargadas de derechos a las obligaciones de las tarifas, al ejercicio del derecho de proempción, o al embargo (1). Tal era el comercio que los holandeses y portugueses hacían con las colonias españolas en el Río de la Plata. Generalmente se llaman a los buques que hacen este comercio prohibido *smogleurs*.

Habiendo las potencias europeas prohibido a los extranjeros (salvo excepciones convencionales) el comercio con sus colonias, toda infracción a esta regla no sólo es una violación del territorio marítimo, sino también un caso de comercio entredicho (interlope) En este caso hay derecho para la confiscación de las mercaderías, pero no para ir a visitar los buques, a detenerlos o embargarlos, cuando navegan *a la vista*, cualquiera que sea su derrotero y aunque haya presunciones de que se dirigen a un puerto cerrado (2) Es necesario pues, que el buque entre a las aguas jurisdiccionales y que no entre por arribada forzosa.

(1) De Cussy D. du Dip. v. Interlope.

(2) Rayneval Droit des gens, t. 1, p. 301 a 303

Aunque poco escrupulosas son las naciones en observar estas reglas, para abstenerse de hacer un comercio prohibido, hay razón de justicia para no hacerlo, y para que la nación perjudicada lo reprima con arreglo al derecho de gentes:

“El derecho natural dice Pardessus (3), no permite hacer, en otras naciones, operaciones o empresas que tuvieran por objeto violar las leyes comerciales a las cuales están sujetas. Sin embargo parece que el uso de los diferentes pueblos, relativamente a lo que se llama el comercio *interlope*, se ha separado de esta regla”.

Por consiguiente son las mismas naciones a quienes perjudica el comercio *interlope*, a quienes corresponde impedirlo y castigarlo, sin que puedan reclamar a los gobiernos que toleran o estimulan a sus súbditos a hacerlo.

Con motivo de haber declarado el dictador Rosas, *piratas* y sujetos a las penas de tales (4), a los buques mercantes que pasaron al Paraná en 1845, bajo el auxilio de las fuerzas combinadas de Francia e Inglaterra, el Dr. D. Florencio Varela tuvo ocasión de decir (5): “La pena de las expediciones comerciales, de las destinadas a puertos bloqueados, o a aquellos donde no es permitido llegar sin licencia del soberano, no pasa jamás por derecho de gentes y por la práctica de todos los

(3) Parte 2, tit. 1, Cap 1, sección 2, párrafo 161.

(4) Decreto de 27 de Noviembre de 1845.

(5) Comercio del Plata, num. 60.

“tiempos y de todas las naciones, de la *confiscación de los buques y propiedades*”.

En efecto, sería necesario que la expedición ejerciese algún delito de violencia, para que pudiese procederse a más severas penas, y entonces ya no sería el contrabando lo que se penase, sino el delito mayor, los asaltamientos o asesinatos que con motivo del contrabando se hubiesen perpetrado.

En el contrabando ordinario, la pena es solamente el *comiso de las mercaderías*. En el comercio interlope, que es un contrabando continuado y hecho por buques destinados a ese objeto, cuyos papeles son calculados para ocultarlo, etc., la confiscación del buque es una consecuencia de su participación en el fraude, y las tripulaciones serán justificables y castigadas en las personas de los jefes responsables con las penas correccionales que cada nación establezca.

Piratería

12. — La piratería es el robo y salteamiento perpetrado a bordo por buques expresamente equipados para ello o por tripulaciones que se sublevan y se apoderan de un buque, en que navegaban con arreglo a las ordenanzas. No en todos tiempos este crimen era reprobado universalmente como hoy, en la antigüedad, sobre todo en los tiempos heroicos de la Grecia, era ejercida generalmente, tolerada por algunas legislaciones y aún considerada como una profesión cualquiera (1). En

(1) Wheaton Intr. a la H de los pr del Derecho de Gentes p 1^a Traducción de Calvo

aquellos tiempos de barbarie en que el extranjero era enemigo nato, en que no había idea de una justicia eterna y única para toda la humanidad, la piratería debía ser algo muy parecido a lo que fue el corso, un medio de oprimir y debilitar al enemigo o a quien podía ser enemigo de un momento a otro. Afortunadamente bien pronto la humanidad, concibiéndose à sí misma como una sola entidad, hizo causa común en contra de esos ataques inicuos y de esas depredaciones sangrientas, declarando que aún en el Océano y fuera de la protección nacional los hombres eran los mismos y la propiedad la misma idea sagrada que se respetaba en las sociedades, que por consiguiente el crimen de Piratería lo es contra el *jus gentium* y que los piratas son justiciables de la primer nación que consigue capturarlos, estando todos obligados a perseguir y penar a sus autores, con las más fuertes penas que en su legislación se establezcan, con la muerte donde esta pena no está abolida.

La *piratería* se distingue del *corso* en que, la primera se ejerce por individuos que obran de su propia autoridad, sin comisión de ningún gobierno, sin papeles legítimos, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz; mientras que el corso sólo se ejerce en tiempo de guerra y en virtud de autorización de uno de los beligerantes y con el solo objeto de perjudicar al enemigo o extender la guerra hasta donde es permitido.

Son considerados piratas: 1.º Todo individuo que haga parte de la tripulación de un buque ar-

mado, navegando sin haber sido munido de los papeles *de bordo*, esto es pasaporte, matrícula, registro, etc., o la comisión gubernativa que legitima el viaje y que se haya entregado a practicar hostilidades contra otro buque. 2.º Los comandantes de buques armados que lleven comisión de dos gobiernos distintos. 3.º Los que, fuera del Estado de guerra y sin ser provistos de *cartas de marca*, cometan hostilidades contra el comercio. 4.º Los que tal hagan bajo un pabellón distinto del Estado de quien hubiesen recibido la comisión. 5.º Las tripulaciones que se sublevan contra sus jefes, apoderándose del buque y cometiendo hostilidades contra el comercio (2).

Las presas hechas por piratas, llevan en si mismas el vicio, que las prohíbe pasar a terceros o constituir título para la prescripción (3). También se restituye lo que los piratas hayan arrancado por miedo (4). Grocio pretende que debe respetarse el juramento hecho a un pirata, pero si el miedo vicia todo consentimiento, con la misma razón vicia el juramento y sería absurdo que un pirata, convicto de este crimen, exigiese el cumplimiento de los juramentos que sus víctimas le hubiesen hecho por librarse de sus amenazas.

Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, Prusia, Portugal y Brasil, han concluido entre sí varios tratados con el fin de perseguir y castigar la piratería, quedando así consignado y reconocido el principio natural de que es un ataque a

(2) De Cussy Dic du Dip v Pir

(3) Grocio, lib 3, Cap 9, párrafo 16

(4) Idem, lib. 2, Cap 17, párrafo 19.

toda la humanidad. También la República Oriental en el tratado con Brasil de 12 de octubre de 1851, en el art. 13, ha consignado iguales obligaciones sobre la piratería para su castigo y persecución.

Del tráfico de esclavos

13 — El descubrimiento de países lejanos, generalmente en climas insalubres, o ardientes, y las necesidades coloniales, llevó a las potencias extranjeras a hacer del hombre africano una bestia de trabajo destinada a esas colonias y una mercancía para sus buques.

He aquí un crimen, que no se remonta la inteligencia para encontrarlo y poderlo disculpar a los tiempos de barbarie, que es reciente y por lo tanto, podemos decir que no es un progreso lo que se ha hecho para su abolición, sino un reconocimiento necesario de la violación de todo principio reconocido ya cuando se inició.

En 1713, no sólo era aún el tráfico un comercio permitido, sino el objeto de las más serias estipulaciones entre las potencias europeas. El tratado de Utrecht, celebrado en esa fecha y que terminó la guerra de sucesión en España, fijó también el derecho marítimo de esa época; por ese tratado se acordó al gobierno británico y a la compañía de sus súbditos establecida para el tráfico, la facultad de introducir en las diversas partes de las posesiones de España en América hasta 4.800 esclavos por año, durante treinta años consecutivos, cuya acta es conocida con el nombre de *pacto del asien-*

to de negros (1). En la discusión que tuvo lugar en la Cámara de los Comunes el 16 de junio de 1815, con motivo de las negociaciones del Congreso de Viena sobre esta materia, Lord Brougham dijo: "que por el tratado de Utrecht, que la execración de los siglos no bastará para mancillar, Inglaterra se había contentado con obtener, como precio de todas las victorias de Blenheim y de Ramillies, *una parte de más en ese tráfico maldito*". M. C. Grant dijo: "que al principio del último siglo, Inglaterra miraba como una gran ventaja obtener, por medio del pacto del asiento, el derecho de suministrar esclavos a las posesiones de esa misma potencia (España) a quien ahora (por el pacto de Viena) pagaba para empeñarla a abolir el tráfico".

Tal vez el juicio severo de estos oradores, y de los que le precedieron (¡tal es el benéfico influjo de la libertad de la palabra!) hizo que Gran Bretaña, desde el principio de este siglo se convirtiese en la más ardiente defensora de la abolición del tráfico, queriendo borrar así, con un arrepentimiento activo, la mancha de haber fomentado ese tráfico inhumano. En el tratado de París de 1814, ese principio de rigurosa justicia, tomó una importancia positiva. Desde esta época, si el tráfico no ha desaparecido del todo, si bien todos los gobiernos no se han prestado del mismo modo a los medios de ejecución propuestos por el Gabinete de San Jorge, al menos en principio la abolición está reconocida. "Está inscripto, dice

(1) Wheaton H. de los p. del Derecho de Gentes. Tr. por Calvo, 4.º Per., p. 250.

“Cussy (2), para el porvenir, en el código de las naciones cristianas, que todas han anatematizado un tráfico reprobado por la humanidad, la moral y la filantropía, tráfico ejercido frecuentemente con inaudita crueldad y con un bárbaro desprecio para la raza humana, tráfico al cual el progreso de la civilización debía fijar un término, aunque su supresión causase por algún tiempo, algún abatimiento en la explotación de las colonias”.

Gran Bretaña por un acto del Parlamento de 11 de febrero de 1807, declaró abolido el tráfico de negros, y desde entonces ha firmado más de 50 tratados relativos a este principio (3). Lo que principalmente consignan esos tratados, salvo algunas excepciones opuestas por algunos estados contratantes, es, el compromiso recíproco de tomar algunas medidas necesarias para impedir a los buques de cada nación el entregarse al tráfico; que en ciertas zonas, donde puede sospecharse, esto es en las latitudes hasta quince o dieciséis grados cerca de la costa africana y de América, los buques de guerra de los diversos Estados contratantes están autorizados a visitar, recíprocamente los buques mercantes que se presenten como sospechosos de ser traficantes; que este tráfico se equipara a la Piratería; en fin que los buques que hayan sido convencidos y juzgados por este crimen pueden ser confiscados, demolidos y vendidos. La República Oriental se adhirió ampliamente a

(2) Diction du Dip verb traite.

(3) Recueil manuel et pratique, 1842. Cussy, Martens

esta base por un tratado especial (4), y también declaró piratería el tráfico de esclavos (5). En 1862, un buque con pabellón Oriental, fue capturado y juzgado por el tribunal del vicealmirantazgo de Londres, y convicto de haber hecho el tráfico fue vendido y la mitad de su importe remitido al Gobierno de la República, conforme al art VI del Anexo B.

Lo que produce una presunción suficiente para la detención y juicio de un buque, es hallar a su bordo divisiones como para ocultar esclavos, víveres como para alimentar mayor número de tripulantes, útiles de cocina como para un gran número de pasajeros (6).

Francia se encuentra en seguida de Inglaterra, como una de las naciones que más esfuerzos hacen para la abolición del tráfico; además de sus leyes prohibitivas ha firmado varios tratados con Inglaterra para el mismo fin en 1831, 33 y 41

El más célebre de los tratados sobre la abolición del tráfico, es sin duda el celebrado en Londres el 25 de diciembre de 1841, ratificado en 1842 por Austria, Gran Bretaña, Prusia y Rusia, por ser el que de una manera más formal, constata el principio de la abolición.

Los Estados Unidos que en 1812 se lanzaron a la guerra contra Inglaterra, por cuestiones de derecho marítimo, en las que entraba la visita y apre-

(4) Fecho en Montevideo a 13 de Julio de 1839. Ratificado y canjeado en Montevideo en forma.

(5) Ley 7 de Julio de 1853

(6) Art 9 del tratado

samiento de buques americanos y que solo terminó en 1814, por el tratado firmado en Gante, sobre la base del *statu quo ante bellum*; los Estados Unidos colocados en esas circunstancias especiales, tenían un interés particular para no prestarse al *derecho de visita* propuesto por Inglaterra, así es que entraron en una larga discusión en que se hacían espaciosas distinciones entre lo que debía considerarse *derecho de visita* y simplemente lo que llamaban *derecho de investigación*. En fin, la República Confederada en 1842, en el tratado de Washington consigné, que aunque resistía el derecho de visita y el llamado de investigación, no quería que su pabellón sirviese para cubrir la piratería y que una fuerza naval combinada será sostenida con el objeto de poner término al tráfico (7).

El Parlamento inglés por acto de 8 de agosto de 1845, declaró que los buques brasileños empleados en el tráfico, eran justiciables del alto tribunal del Almirantazgo y de cualquier otro tribunal del Vicealmirantazgo en los dominios de S. M. B.

El Gobierno Brasileño protestó contra esta declaración como atentatoria a la independencia de Brasil, con este motivo suscitóse una discusión entre los gobiernos de ambos países.

Brasil alegaba que ninguno de los tratados subsistentes con Gran Bretaña, daba a ésta el derecho de juzgar y penar a sus súbditos, y que por lo

(7) Wheaton, Hist. de los pr. del Derecho de Gentes Traducción de Calvo, 4.º Período, párrafo 36.

tanto el ultraje era manifiesto. Que la piratería es un crimen por derecho de gentes, así reconocido, y que ningún pueblo puede declarar válidamente como piratería lo que en general no lo es. Que el mero hecho de tener que declarar piratería el tráfico, prueba que no lo era antes y que por consiguiente, esa declaración no es *sino una ficción de derecho* para efectos puramente convencionales entre las naciones que la habían hecho (8).

Dos cuestiones existen pues respecto al tráfico: 1.^a ¿Cómo se concilia la necesidad de visitar los buques sospechosos con la independencia de las naciones que los autorizan y con cuyo pabellón se escudan? 2.^a ¿El tráfico es en si mismo piratería o es solo considerado así por el derecho civil de las naciones?

Reconocemos que sólo el derecho convencional y positivo puede dar una solución práctica a ambas cuestiones. Pero indudablemente, la justicia nos dice, que no hay ofensa en *la visita cuando ella solo se propone investigar la verdadera nacionalidad del buque sospechoso*, y no trabar o entorpecer el comercio lícito y la libre navegación. Entre el interés humanitario de la visita, *limitada a las zonas en que es necesario*, y la *puerilidad del honor de la bandera*, que bien puede ser usurpada no hay que titubear en optar por lo primero. Respecto a la piratería del tráfico, había sido declarada, es cierto por algunas naciones solamente,

(8) Wheaton lugar cit, párrafo 38.

pero esa declaración se basa en principios del *jus gentium*. El argumento de que antes era lícito el tráfico, valdría contra toda piratería, pues como hemos dicho al tratar de ella, hubo un tiempo en que era tolerada.

Si los hechos pues, no resuelven las cuestiones aún pendientes, la justicia nos demuestra lo que el porvenir augura sobre su solución honrosa para la humanidad.

CUARTA PARTE

DE LA COMUNICACION INTERNACIONAL, DE LOS AGENTES DE ELLA, Y DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES

Base de la comunicación internacional

1 — Hemos considerado a las naciones ⁽¹⁾ formando una asociación regida por el principio absoluto de justicia y por lo tanto basado en una igualdad democrática, que ninguna influencia puede alterar. De aquí hemos deducido el carácter general de sus relaciones y los principios que las rigen, como a los individuos de la sociedad política, la ley, esa interpretación autorizada de la justicia que se formula en un precepto obligatorio. Ciertamente que estos principios, en uno y otro orden, son eternos e invariables, pero se refieren a las situaciones indefinidas de los seres y de los conjuntos humanos, si aquellos principios como ideas necesarias, son eternos e invariables, estas situaciones como condiciones accidentales pueden depender de la libertad de estos seres o conjuntos. En nada se altera la justicia porque cambien voluntariamente la situación; los hombres no hacen otra cosa en la actividad convencional del cam-

(1) Preliminares, párrafo 3º

bio, y se produce así la obligación *pactada o particular* (2). Del mismo modo las naciones, pueden por su misma voluntad, evolucionar igualmente sobre las situaciones relativas a sus cosas o sus hechos, porque también son entidades libres. Esta actividad internacional es lo que constituye los modos de comunicación que tienen y lo que produce sus obligaciones particulares o convencionales que son sus tratados y convenciones.

Como solo se refieren a su situación es claro que lejos de poder alterar el principio de justicia que los rige, esta actividad de comunicación gira sobre él y tiene por objeto afirmar el precepto general.

Este derecho de comunicación internacional lo tiene toda nación que es una *personalidad y sujeto del derecho de gentes* (3).

Medios de conservar y de efectuar esa comunicación

2. — Para conseguir estos fines, altamente sociales y necesarios, las naciones emplean agentes especiales a quienes autorizan al efecto con las facultades convenientes, según la importancia del objeto. Tales son los cónsules y ministros diplomáticos, y parécenos más metódico hablar primeramente de ellos que de los tratados y convenciones a que se refieren sus funciones.

(2) Conferencias sobre el derecho natural, números 162, 163 y 164.

(3) P. 1ª, párrafo 1.º, Vattel, lib. 4, Cap. 5.º, párrafo 55.

Origen, objeto y carácter de los cónsules

3. — Lo que hemos dicho en la tercera parte, núm. 1.º, sobre los códigos marítimos, prueba que las voces *cónsul*, *consulado*, existían ya desde el siglo catorce, en que aparece en aplicación el célebre código del *Consulado del mar*, pero esas voces no eran aplicadas al carácter y a las funciones de un agente internacional, Grocio no habla de ellos y Vattel (1) los llama *una de las instituciones modernas más útiles al comercio*. Los cónsules y consulados a que se refieren los códigos marítimos eran instituciones particulares de cada nación para el juzgamiento de actos mercantiles y de navegación, así es que estos juzgados se han conservado hasta nuestros días con el nombre de *consulados* (2). Las ideas que se tenían en esa época de la jurisdicción, creyéndola una facultad del príncipe inseparable de las personas de los súbditos, la emigración recíproca de comerciantes que ocasionó la navegación, vino a hacer necesario que en cada nación existiesen, para estos extranjeros, sus jueces particulares, sus *consultadores*, *cónsules*, y he aquí lo que dio origen a esta institución internacional. P. P. Foderé (3) asegura que ya en 1190 el rey de Jerusalem, prometió a los comerciantes de Marsella el permiso de establecer cónsules en sus Estados con poder de juzgar allí todas las diferencias que naciesen entre ellos y

(1) Lib. 2, Cap 2, párrafo 34.

(2) Ordenanzas de Bilbao. Cap 1.º.

(3) Nota al párrafo 34, lib 2 de Vattel.

extranjeros, a excepción del robo, del homicidio, de la traición, de la falsificación de moneda y del raptó. Pero la idea de jurisdicción llegó poco a poco a comprenderse de una manera más perfecta, como emanada de la ley y separada de la persona del príncipe, de modo que cada nación la ejerce en general tanto sobre sus súbditos como sobre los extranjeros; al mismo tiempo se comprendía la necesidad de proteger y garantizar a estos tanto como a aquellos. Los cónsules perdieron entonces tanto de lo que tenían de jueces, como ganaron de lo que les faltaba para ser agentes internacionales. Parece que aún a mediados del siglo XVII, todavía los cónsules no habían adquirido este carácter, a estar a la definición de Wicquefort, que escribía en esa época: "Los Cónsules, dice (4), no son sino mercaderes que, con su encargo de jueces de las diferencias que pueden nacer entre los súbditos de su nación, no dejan de hacer su tráfico y de estar sujetos a la justicia de su residencia, tanto para lo civil como para lo criminal; lo que es incompatible con la calidad de *ministro público*".

Hoy según los reglamentos de todas las naciones, los cónsules son agentes internacionales, recomendados si no acreditados a los gobiernos, y ejercen sus funciones con expresa autorización de éstos, tienen por objeto esencial proteger a sus súbditos, autorizar sus papeles, gestionar sus garantías con mayor o menor latitud según los tratados y las leyes de cada país, y por objeto secun-

(4) Lib 1º. De l'ambassadeur et de ses fonctions.

diario *conciliar* sus diferencias en cuanto no menoscaban la jurisdicción del país en que residen.

Respecto al carácter de los cónsules, podemos en primer lugar hacer una clasificación general. 1.º Cónsules enviados por los Gobiernos de que son súbditos, retribuidos con sueldo o con rentas que se les proporciona, y con el objeto de vigilar los intereses comerciales y políticos de sus nacionales, con prohibición de entregarse a actos de comercio. 2.º Los cónsules enviados sin estas formalidades y prohibición o bien tomados en la localidad, entre los mismos ciudadanos del país o entre los extranjeros allí establecidos en calidad de comerciantes.

Los primeros son verdaderamente empleados del Gobierno que los acredita, y una vez admitidos, se admite ese carácter público de que vienen investidos. Los segundos son meros mandatarios que no pueden revestir ese carácter público.

Nos parece que esta distinción simplifica la cuestión tan debatida sobre si los cónsules son o no son ministros públicos y si gozan o no gozan por lo tanto de las prerrogativas, excepciones y honores de los ministros diplomáticos de que hablaremos después. Los cónsules no pueden tener un mismo carácter, desde que este carácter depende de la *investidura de funciones* que sus Gobiernos le den y de la aceptación del Gobierno en cuyo país van a residir. Cada Gobierno es libre para dar a sus cónsules el carácter que quiera; esto no obsta que el Gobierno a quien se acreditan, no los reciba si ese carácter con que vienen investidos, es impropio, peligroso o perjudicial.

Es según esta libertad que cada Gobierno tiene para dar a sus cónsules el carácter que les plazca, que el gobierno portugués pensando que los cónsules, estando investidos de un número más o menos considerable de atribuciones públicas que los elevaba al rango de agentes diplomáticos y sintiendo por otra parte la necesidad de hacer cesar la falsa posición en que suelen encontrarse, ha refundido el cuerpo consular y el cuerpo diplomático en uno solo, no empleando en sus consulados sino personas adjuntas a la misión diplomática residente en el país, queriendo asegurarles así los privilegios e inmunidades acordados a los miembros del cuerpo diplomático. Habiendo las potencias extranjeras aceptado este arreglo, sus cónsules son por reciprocidad, considerados en Portugal como miembros del Cuerpo Diplomático (5).

Dejaremos a un lado pues, toda esa estéril discusión que busca una regla general para un caso en que es imposible establecer otra que la siguiente: "Los cónsules tendrán el carácter que los reglamentos de sus Gobiernos les den, luego que sean aceptados o recibidos en el país donde deban residir, y siempre que ese carácter no *usurpe* la *jurisdicción o la independencia*". Establecemos esta restricción sin que tengamos necesidad, para demostrarlo, de hacer otra cosa que recordar lo dicho en la segunda parte sobre la libertad e independencia de las naciones, y sobre el derecho inalienable a la *no intervención* extraña en sus actos administrativos.

(5) Cussy, p 193, Diario do Governo, 16 Enero 1823.

Respecto a los ciudadanos de un país pueden aceptar, sin menoscabo de su ciudadanía, el simple mandato de ejercer el consulado extranjero. Los ciudadanos de la República Oriental pueden aceptar consulados, pero entre tanto lo desempeñen, no pueden tener empleo nacional ni cargo consejil, ni voto activo o pasivo en los comicios públicos; también están exentos de cargas de la ciudadanía que sean meramente personales; pero gozan de todos los demás beneficios de la ciudadanía y están sujetos a los impuestos y demás cargas que no son personales (6).

Para que el cónsul pueda ejercer sus funciones se requiere que el Gobierno del país en que va a residir lo admita o lo faculte, de un modo público, lo que se llama expedirles o darles el *exequatur*. El uso ha hecho ya obligatorio recibir y tolerar el ejercicio de los cónsules, pero puede un Gobierno rechazar la persona de un cónsul cuando tiene motivos para hacerlo. El Gobierno francés ha rechazado recientemente a un cónsul argentino, fundándose en que había escrito hostilmente contra su política.

Los cónsules además de la división que hicimos al principio son de distinta categoría entre sí. Hay cónsules generales, vicecónsules y simples agentes consulares; también estas diferencias dependen del reglamento de cada pueblo. Por el Reglamento de la República los cónsules generales y los cónsules son nombrados por el Gobierno y los vicecónsules y secretarios por aquéllos, en sus res-

(6) Ley de 11 de Julio de 1839

pectivos distritos consulares, con aprobación del Ministerio de Relaciones Exteriores (7); ellos dependen inmediatamente de quienes los nombran y de los embajadores y ministros que residen en sus distritos (8).

Deberes de los cónsules

4. — Los principales deberes de los cónsules son: arreglar sus procedimientos al tratado o tratados que exista con la nación donde reside, y en defecto a los usos, prácticas y leyes de la misma nación (1). Llevar un registro de los buques nacionales que navegan por los puertos de su dependencia (2). Deben algunas veces también, cuando para ello están facultados, exigir a los capitanes de estos buques manifiestos jurados de la carga de salida, y trasmitir a sus gobiernos los duplicados de estos manifiestos. Deben esencialmente, promover las ventajas, aumento y seguridad del comercio de sus naciones respectivas, contribuyendo a ello con su diligencia, crédito y consejo, procurando que los comerciantes establecidos en las plazas y puertos de su distrito consular, los capitanes de buques o pasajeros nacionales reglen sus negocios, con probidad, buena fe y crédito de la nación respectiva. Deben igualmente participar a los Ministros Plenipotenciarios y a los Gobiernos res-

(7) Reg. Con., 4 de Setiembre de 1835, Cap 1.º
Art 3.º.

(8) Art 5.º.

(1) Art 44.

(2) Art. 9.º.

pectivos los proyectos que se les ocurriese en beneficio del comercio; noticias de la importancia de los derechos del puerto y demás que paguen los buques y mercaderías nacionales; las concesiones hechas a otras naciones más favorecidas y los medios que convendría emplear para obtenerlas (3). En caso de naufragio de algún buque nacional, el cónsul deberá practicar en ausencia de consignatarios propios, todos los actos tendientes a que se salve lo posible y se asegure, en cuanto se lo *permitan las atribuciones* de los jueces del país donde residen (4).

Impedir que se abuse de la bandera nacional para cubrir buques no nacionales; al efecto, en caso de venderse un buque nacional en el extranjero, el cónsul debe recoger la patente de que dará su recibo y después de inutilizada, la remitirá a sus efectos al Gobierno (5), o bien guardará las otras precauciones que en el reglamento se le designen. Estos deberes generales, aunque sacados del Reglamento de la República, son comunes y propios de la misma naturaleza del consulado, por lo cual los consignamos. Además los cónsules deben velar por la observancia de los tratados de comercio, reclamar sobre sus infracciones en beneficio de los nacionales, pudiéndose dirigir a las autoridades inferiores o superiores según la necesidad del caso, directamente o por medio del agente diplomático que su nación tuviese acredi-

(3) Art 8º.

(4) Art. 31.

(5) Art. 34

tado, en el caso de hallarse presente. Deben también los cónsules proteger a sus conciudadanos de todo insulto o perjuicio que se les cause ilegalmente reclamando de ellos a las autoridades. Harán los cónsules que los buques nacionales guarden, en caso de guerra, la más estricta neutralidad, y podrán hacer la personería de los súbditos ausentes, en caso que las leyes del país así lo admitan (6).

Atribuciones de los cónsules

5 — Las atribuciones de los cónsules no pueden determinarse con una regla general; el Gobierno que los emplea se las demarca en el reglamento y puede hacerlo con más o menos amplitud; pero este cónsul va a ejercerlos en un país extraño, donde solo manda su Gobierno y donde no impera otra ley que la que reconoce y que obliga tanto al nacional como al extranjero. De aquí la necesidad de que el cónsul restrinja sus facultades y atribuciones tanto cuanto esa ley se lo exige, de manera que el límite de los derechos activos del cónsul es la ley y la organización del país donde reside. Sería absurdo que pretendiese a su favor y a favor de sus súbditos una derogación parcial del orden de cosas establecido en general, o que las autoridades locales se despojasen de su jurisdicción para que ellos la ejerciesen. Esto sería ejercer una intervención administrativa contraria a la independencia de la nación y daría lugar para

(6) Bello, P. 1.^a, Cap. 7, párrafo 3

casar el executur al descomedido agente que, olvidando su carácter, puramente internacional, conciliatorio, tutelar de los intereses de sus súbditos, se entrometiese a usurpar la judicatura del país, que al permitirles sus funciones no ha podido renunciar a su dignidad y gobierno. La jurisdicción es de orden público, hace parte del Gobierno interno, y esto demuestra la gravedad de la ofensa que infiere el cónsul que pretende conocer de las diferencias de sus súbditos, rebajando su dignidad hasta remontarse a los tiempos de atraso en que las naciones no tenían leyes protectoras para los extranjeros, lo que hacía necesaria la jurisdicción de los cónsules.

Además, como dice M. Pardessus, semejante ejercicio de jurisdicción en vez de ser favorable a sus súbditos les sería perjudicial, porque ningún tribunal ejecutaría la sentencia de un cónsul, ni la fuerza pública, necesaria para esa ejecución, se pondría a su disposición. Lo único que pueden hacer los cónsules es servir de árbitros en los litigios que voluntariamente le cometan sus compatriotas, arreglar la policía de las tripulaciones de sus buques, en cuanto no pase a la jurisdicción criminal, y autorizar los matrimonios de los súbditos residentes, testamentos que deban cumplirse fuera del territorio, no estando en él los bienes y demás actos cuya validez deba apreciarse por las leyes de su nación y surtir en ella sus efectos, así como legalizar o certificar los demás documentos que los notarios del país extiendan con ese objeto.

Solamente en las costas de Berbería y pueblos

infieles, las naciones se han arrogado, por necesidad, la facultad de investir a sus cónsules con alguna jurisdicción contenciosa, pero por la misma razón es más ofensiva esta pretensión en pueblos civilizados y cristianos.

Tal es la doctrina universal en los diferentes tratados que se han celebrado y la opinión de Martens, Elliot, Kent, Pardessus y muchos otros que sería extenso citar ⁽¹⁾.

Prerrogativas y exenciones de los cónsules

6. — Los cónsules tienen derecho a que sus órdenes, en lo que sea de su competencia y no ataque la jurisdicción territorial, sean obedecidas por los ciudadanos a quienes deben proteger, y muy especialmente por los capitanes y marineros de buques nacionales, salva la responsabilidad de estos actos para ante sus respectivos Gobiernos ante quienes los ofendidos pueden quejarse ⁽¹⁾. En estos casos pueden solicitar el auxilio de la fuerza pública de la nación en que están y es práctica acordarla. Aunque antes no les era permitido a los cónsules enarbolar el pabellón nacional y poner el escudo de armas, hoy se permite en general y aún es un deber hacerlo; pero esto no importa el goce del derecho de *asilo*, aunque es un compromiso para guardar los respetos debidos al funcionario de una nación amiga, no violando su domicilio o insultando su morada

(1) Véase a Bello, P. 1.^a, Cap. 7.^o, párrafo 2.

(1) Art 11.

Toda inmunidad no tiene otro objeto sino garantizar las funciones independientes de un ministro o agente público, nunca la impunidad o la consideración ilimitada. Siendo las funciones de los cónsules limitadas a la protección del comercio, sus inmunidades se reducen a que pueda ejercer libremente esa misión; no puede decirse pues, que goza de las mismas que son acordadas a los ministros diplomáticos de que hablaremos después. Francia y España por la convención de 13 de agosto de 1769, han convenido en que los cónsules no podrían ser arrestados sino por crímenes atroces (Art. 2). En 1818 y 1819 las autoridades comerciales de la isla de Ré intentaron un proceso contra el cónsul de Suecia y las del Havre contra el cónsul americano, por haber estos funcionarios intervenido, en favor de buques de sus respectivas naciones, en circunstancias en que solo las expresadas autoridades debían intervenir. El ministro de Relaciones Exteriores teniendo que explicarse sobre este doble hecho, expuso la opinión de que los cónsules, obrando en su capacidad oficial, no podían ser llevados ante los tribunales correccionales y criminales "Paréceme, dijo el "Ministro, que considerando a los cónsules extranjeros como *agentes políticos*, como en efecto "son, en virtud de la comisión emanada de sus "gobiernos, no puede negárseles esta inmunidad (2)".

En 1814 el ministro de la Marina de Francia, en circular a las autoridades de los puertos decía:

(2) De Cussy. D du Dip. et du Con. V. Consuls.

“Las funciones consulares son diplomáticas; tienen un carácter de dignidad que supone en el sujeto elegido por una parte y aceptado por otra, un mérito particular, y su carácter público exige la estimación y consideraciones (3)”.

De manera que los cónsules respecto a la jurisdicción correccional y del crimen gozan de la inmunidad llamada *extraterritorialidad*, pero en los casos de delitos atroces no la gozan, lo mismo diremos si haciéndose parte en un juicio criminal por establecer una querrela ante un juez de esa repartición refluiese sobre él, por consecuencia de la misma querrela, alguna *pena* cualquiera, pues este hecho importaría una renuncia de su inmunidad. Respecto al juzgamiento en estos casos y a las causas civiles de los cónsules, dependerá de la constitución del país en que residen, por la Constitución de la Confederación Argentina (4), y por la de los Estados Unidos (5), ese juzgamiento corresponde, aún para los cónsules, a la alta Corte de Justicia; por nuestra Constitución (6) sólo conocerá la alta Corte en las causas de ministros que tengan carácter diplomático.

Tales prerrogativas y exenciones las gozan solamente los cónsules que son enviados por sus gobiernos con alguna formalidad, y no los simples agentes consulares, que ejercen la profesión del

(3) De Cussy D. du Dip. et du Con V. Consuls.

(4) Art 100.

(5) Art 3^o, sección 2.^a, párrafo 1^o

(6) Art 96.

comercio. Tal es la opinión de Cussy (7), uno de los más calorosos defensores de las prerrogativas consulares; el *cónsul enviado y no comerciante*, dice, y *mientras tanto que no cometa crímenes atroces o no viole él mismo el derecho de gentes*.

Los impuestos de que están exceptuados los cónsules son los personales, y aún los derechos sobre sus muebles y equipajes, cuando recién los introducen. Están exentos de aquellas cargas vecinales que son incompatibles con su independencia como por ejemplo el *alojamiento militar* (8).

En todo lo demás es práctica acordar a los cónsules las distinciones que se acuerdan a todo funcionario público; cuando su declaración es necesaria se les dirige oficio en vez de citación. Existiendo manuales y tratados especiales sobre los cónsules, creemos innecesario extendernos más sobre esta materia.

De los Ministros Diplomáticos

7 — Cada Estado independiente tiene derecho de enviar ministros públicos a cualquier otro Estado independiente con el cual desea mantener relaciones de paz y de amistad, porque estos ministros son los instrumentos necesarios de los negocios que los Gobiernos tienen entre sí y de la correspondencia que están en derecho de establecer (1).

(7) Dict. du Dip. et du Consul, p 196

(8) De Cussy lugar cit

(1) Vattel, Lib. 4º, párrafo 57. Wheaton Elem. du Droit intern.

Pero, recibir estos ministros o admitirlos: ¿Es una obligación de cada Estado, o pueden ser rechazados? Grocio opina que en general es una obligación recibir o admitir ministros públicos de otro Estado; pero que el mismo *jus gentium* permite rechazarlos, cuando *puede alegarse alguna razón*, ya sea sobre el objeto de la misión, sobre la persona enviada o sobre quien lo envía (2). Vattel cree (3) también que en general deben recibirse los ministros, y que un Gobierno no puede, sin *razones muy particulares*, rehusarse a recibirlos cuando vienen de una potencia con quien hay relaciones de paz. Martens, Vergé, Kluber y Wheaton, expresan que no hay obligación, sino simplemente conveniencia o razón política para un Estado independiente sobre la recepción de ministros de otra potencia; que así es libre para fijar las condiciones de su admisión y para determinar los derechos y prerrogativas que les acordará, que tiene el derecho de negarse a recibir a tal o cual individuo, *sin la necesidad de dar cuenta de las razones personales o políticas que le dictan su rechazo*.

Nosotros creemos que así como los individuos tienen incuestionable derecho a hacerse oír y a explicarse, las naciones que son conjuntos humanos, no pueden mostrarse más egoístas que aquéllos, no concebimos que pueda presentarse un caso en que sea perjudicial recibir a un ministro de una potencia amiga o aún de un enemigo, desde

(2) Lib. 2^o Cap. 18 párrafo 3 números 1 y 2

(3) Lib 4 párrafo 65

que podemos tomar las precauciones necesarias para que no nos perjudique, pero si pudiese existir, por lo mismo que sería un caso extraordinario debería exponerse las razones de ese caso, más aún, hay obligación de exponerlas aunque se refieran a la persona misma del enviado, que tiene la presunción de estar dotado de relevantes cualidades. En todo caso pues, es necesario destruir esa presunción, con las razones perentorias ya referentes a la inoportunidad o perjuicio de la misión, ya relativas a la personalidad del ministro. Respecto a las condiciones con que se quiera recibir el enviado, ellas serán permitidas no siendo tales que despojen a éste de todas las excepciones necesarias para su independencia y buen desempeño de su misión.

Rango de los Ministros

8 — El uso moderno de los Estados europeos, que constituye el derecho de gentes positivo, había introducido muchas distinciones entre las diversas clases de ministros públicos, que habían venido a ser la fuente de diferencias perpetuas por falta de una definición exacta. En el Congreso de Viena se adoptó una regla uniforme, por la cual los ministros públicos están divididos en las tres clases siguientes. 1.º Los embajadores, legados y nuncios apostólicos. 2.º Los enviados, ministros o demás agentes acreditados directamente cerca del Gobierno. 3.º Los encargados de negocios cerca de los ministros de Relaciones Exteriores. En el

Congreso de Aix-la-Chapelle, en 1818, se declaró después, que los ministros residentes, acreditados cerca del Gobierno, debían formar una clase intermedia entre los ministros de segundo orden y encargados de negocios (1).

Según la legislación de la República el cuerpo diplomático, sin separarse de esta clasificación, se distingue esencialmente: 1.º En ministros acreditados directamente al Gobierno de la nación donde deban residir. 2.º Agentes acreditados cerca de sus ministros de Relaciones Exteriores (2)

Un gobierno es completamente libre para acreditar ministros de cualquier orden, y puede acreditar uno solo cerca de dos o más gobiernos, o bien para ante un Congreso de diplomáticos para el cual haya sido invitado (3); y aunque no lo hubiese sido, si tiene algo que exponer, pero en este caso, creemos que tendrá necesidad de obtener el permiso del Gobierno en cuya ciudad se reúne el Congreso, así como éste tiene plena libertad para deliberar sobre su admisión o su rechazo. Hacemos esta distinción por cuanto en el caso que un Gobierno haya permitido en su territorio la asamblea de un congreso, tácitamente consiente en guardar las inmunidades de los representantes de las potencias que van a reunirse; llegado el caso accidental e imprevisto de que una nación envíe a ese congreso, en que aún no estaba re-

(1) Wheaton Hist. de los prog. del D. de G., 4.º Per., p. 19.

(2) Véase el decreto de 20 de Noviembre de 1846.

(3) Bello. P 3.ª, Cap. 1.º, párrafo 2

presentada, un ministro cualquiera, no puede hacerse extensiva, a éste, ese consentimiento tácito. luego es necesario que se exprese

Carácter de los ministros diplomáticos

9. — Algunos que establecen la distinción entre embajadores y ministros de segundo o tercer orden, para suponer un carácter distinto a cada uno, reservan al embajador solamente la facultad de representar a su gobierno. Pinheiro-Ferreira (1) ataca victoriosamente esta distinción del carácter, diciendo que ella solo puede existir para el rango del ministro y los honores, pues todos representan, no a sus gobiernos, cuyos particulares intereses no van a gestionar, sino a sus naciones por cuyos derechos van a reclamar: “A pesar de las varias
“clases de agentes, dice, la etiqueta sostiene, que
“a pesar de representar todos a sus Gobiernos,
“solo los embajadores poseen el carácter *representativo*: conclusión singular y que bien podría
“decirse, contradictoria, si se olvidase que por *carácter representativo* la etiqueta entiende *honores casi reales*. Así, puesto que cada agente del
“príncipe representa más o menos a su *amo* a los
“ojos de la etiqueta; es decir, puesto que, por
“miramientos hacia el *amo* y según el poder que
“se le supone, o la afección que quiera testimoniarle, se acuerda más o menos honor a su servidor, no entran en esto para nada las cualidades personales. Pero los agentes diplomáticos

(1) Nota al párrafo 70 Lib 4.º Cap 6.º de Vattel.

“ de una República no teniendo *amo* que repre-
“ sentar ¿qué representan ellos? ¿Qué es el *ca-*
“ *rácter representativo* de estos embajadores? La
“ etiqueta no se embaraza ante estas cuestiones;
“ ella os responderá que se supone, por una fic-
“ ción, por no herir el orgullo republicano, con-
“ firiendo a su agente el título de embajador, quie-
“ re dirigirse al Gobierno cerca del cual se acre-
“ dita, rogándole que le acuerde honores seme-
“ jantes a los que gozan los ministros que, bajo
“ esta misma denominación, representan a sus
“ *amos*; pero no es sino una ficción, porque en el
“ fondo, el *carácter representativo*, en lenguaje de
“ corte, no podría aplicarse sino a aquel que *re-*
“ *presenta la persona de su amo*.

“ Pero como en lenguaje de derecho el *carácter*
“ *representativo* de un mandatario no es otra cosa
“ que el poder que le es conferido para su man-
“ dato, el embajador *no tiene otro que le distinga*
“ *del enviado*; como éste a su turno, no tiene otro
“ mandato que el que se le confiere al ministro
“ residente o al encargado de negocios; todos son,
“ sin ninguna distinción, mandatarios de sus na-
“ ciones, designados por sus gobiernos para tratar
“ con los agentes que el gobierno cerca del cual
“ son acreditados, quiera, de su parte, nombrar a
“ este efecto. La importancia de los negocios con-
“ fiados a estos agentes puede ser diferente; pero
“ se ve frecuentemente encargados de negocios au-
“ torizados para negociar sobre objetos de la más
“ alta importancia, mientras que ha solido enviar-
“ se embajadores para las más insignificantes mi-
“ siones.

“No es pues, ni en la capacidad de los empleados, ni en la extensión de los poderes, que es menester buscar una diferencia de carácter para cada una de las clases diplomáticas, puede diferir para cada individuo, sea de una, sea de otra de esas clases, pero pertenece a todas y es el mismo para cada una”.

Hemos citado en extenso la opinión de Pinheiro-Ferreira, porque determina con notable precisión el carácter igual que hace a lo esencial de toda misión diplomática, y demuestra que sus distinciones sólo pueden afectar a la persona del enviado en cuanto a más o menos honores que se le quieran tributar y para zanjar esas vanas cuestiones de etiqueta.

Así también opina Martens, pero éste agrega, que sin embargo de esta doctrina, *es uso general en la práctica internacional diplomática, enviar cerca de un Estado un ministro de la clase a la cual pertenece aquel que este mismo Estado ha enviado*. Así es que el gobierno prusiano, habiendo resuelto recientemente hacerse representar en Francia por un embajador, el Gobierno francés ha elevado a su agente en Prusia al rango de ministro público de primera clase. “Es igualmente de uso, agrega, no enviar embajadores a los Estados inferiores y no recibirlos de ellos (2)”. Podríamos protestar contra esa calificación de Estados superiores e inferiores, si no fuese que, tratándose solamente de honores, es una ventaja para los pequeños estados estar por el uso dispensados de las

(2) *Precis du droit mod de l'Eur*, párrafos 191 y 200.

grandes erogaciones de una embajada, puerilidad contraria a la austeridad política de una República, que no da en cambio de honores el despilfarro de sus rentas.

Las misiones pueden ser ordinarias o extraordinarias, temporales o con residencia, pero, como observa Pinheiro-Ferreira, estas diferencias en nada alteran el carácter del ministro.

Prerrogativas y exenciones de los ministros

10 — Ya hemos visto, hablando de los cónsules que las inmunidades y prerrogativas de cualquier agente no tienen otro objeto que asegurarle la independencia necesaria para el mejor desempeño de esta misión, por lo tanto esas exenciones son relativas al carácter de esa misión, y siendo este carácter más extenso en los diplomáticos que en los cónsules esas prerrogativas son para aquellos más considerables que para éstos.

Todas estas inmunidades las podemos acomodar en alguna de estas dos clases: La *inviolabilidad* de la persona del ministro y la *extraterritorialidad* de que goza.

La extraterritorialidad, apartándonos de las ficciones chocantes que no están ya en uso, no es sino la concesión tácitamente acordada por la recepción de un ministro, para considerarlo súbdito del gobierno que lo envía, empleado dependiente de él, sujeto sólo a sus órdenes, y con la facultad de desempeñarlas en lo que hace a su persona, a sus dependientes, a su familia, a sus archivos y al

lugar donde reside y guarda sus papeles. Por esta razón se llama *extraterritorialidad*, esto es consideraciones del ministro como *fuera del territorio, como eco de su gobierno*, que llega por necesidad de comunicación hasta el Gobierno cerca del cual está acreditado.

Por consiguiente, por esta inmunidad el ministro está fuera de los actos gubernativos del territorio que pisa; las leyes que se promulgan no le obligan, los reglamentos que ordenan su ejecución no le alcanzan, los juicios que pronuncian los tribunales no le ejercen coacción. Los impuestos generales y demás cargas que esas leyes puedan ordenar, no gravitan sobre él.

Esto en tesis general, pero la inmunidad no implica la irresponsabilidad ni la impunidad; la extraterritorialidad nunca es un salvoconducto para que el ministro se burle de la justicia.

Así pues, el ministro no está sujeto a la ley sino en cuanto esta ley puede trabarle el ejercicio de sus funciones; pero, no puede por jactancia mostrarse en público infringiendo una ley, cuyo cumplimiento ni le cuesta un sacrificio ni le incomoda en el ejercicio de sus funciones, no está sujeto a los juicios de los tribunales pero únicamente mientras no los provoca causando deudas o cometiendo crímenes, no está sujeto a los decretos del ejecutivo mientras su comportamiento no hace necesario dictar uno que le concierna; aunque en todos estos casos se trata de conciliarse el respeto debido a su nación con la necesidad de hacerse

justicia. Pinheiro-Ferreira (1) establece que por la extraterritorialidad el ministro no está *entramente separado de la jurisdicción del país*. No podemos recomendar mejor sus razones, como transcribiéndolas: “Si suponemos, dice, que un “ciudadano, teniendo derecho a presentarse como “parte civil contra un ministro extranjero, es im- “pedido de hacerlo por la ley, esta ley no es otra “sino una ley de *expropiación* por utilidad o ne- “cesidad pública, pues para ser justa y ser ley, “no ha podido dictarse con otro objeto; el ciu- “dadano deberá pues desistir de sus derechos pero “la nación le debe un resarcimiento equivalente. “Pero ningún publicista, por más persuadido que “esté de las inmunidades diplomáticas, no osaría “presentar a la nación con una obligación de pa- “gar las deudas que los ministros extranjeros “puedan contraer en ella Pero, supongamos por “un momento que, no queriendo abandonar su “tesis, estos publicistas admiten la deducción ló- “gica que acabamos de sacar. ¿Qué ganarían? “¡Nada! Porque el Estado obligado a indemnizar “al ciudadano expropiado del derecho de perse- “guir a su deudor, tiene necesidad de acreditar “contradictoriamente el crédito producido contra “el ministro extranjero. Es menester pues, que “éste sea parte y que comparezca ante los jueces “o se haga representar por un apoderado. De “aquí resulta que hay, en primer lugar, imposi- “bilidad de exceptuarlo de la jurisdicción civil,

(1) Notas a los párrafos 92 a 103, Lib 4, Cap. 7.º, de Vattel

“y en segundo lugar que el pretexto por el cual se le pretendería exceptuar es completamente imaginario, porque si puede hacerse representar por un apoderado nada le impide evacuar los deberes de su misión, aunque estos deberes le exigiesen todo su tiempo”.

En cuanto a la jurisdicción criminal dice, que un delito, motiva necesariamente lo que se llaman medidas preventivas, para constatarlo, para recoger el rastro vivo del crimen, y que esto sería imposible con la exención del ministro a la jurisdicción. Que además un crimen no puede probarse sino con testigos de la localidad o con documentos que no pueden salir de ella, y que esta prueba, sin la audiencia del ministro sería o bien inícuca, o bien calculada para su impunidad. Que tanto en materia civil como en materia criminal las autoridades tienen jurisdicción sobre el ministro, con la sola diferencia, de que en el primer caso los medios de ejecutar la sentencia no serán el embargo ordinario sino otros medios que garantan la inviolabilidad de sus archivos, y en el segundo caso, la pena se dejará para su aplicación al soberano del ministro a quien se remita con ese objeto.

Respecto al embargo de los bienes del ministro, Wickefort opina del mismo modo que Ferreira, siendo para pagar los alquileres de la casa, dice, pueden secuestrarse los muebles. Grocio (2) propone dirigirse al soberano y que si esto no pro-

(2) Lib. 2, Cap 18, párrafo 9º

duce efecto, obrar contra los bienes del ministro como contra cualquier otro súbdito.

De Cussy ⁽³⁾, establece, que debe preferirse aquella coacción que no importe perturbar su misión, limitándose a *impedirle la salida del país sin haber satisfecho sus deudas y obligaciones, rehusándole sus pasaportes*. Así obró el Gobierno francés en 1772 respecto al barón de Wreck, ministro de Hesse Cassel en París. Nosotros creemos que este medio de hacer cumplir la sentencia o el de dirigirse al soberano, pidiéndole detención y entrega de los emolumentos que envía al ministro, son los modos más políticos y prudentes de hacer cumplir las obligaciones contraídas por un diplomático.

Respecto a la jurisdicción criminal, si bien no todos avanzan tanto como Pinheiro-Ferreira, todos reconocen algunos casos en que puede ejercerse ampliamente. Wheaton ⁽⁴⁾ reconoce las siguientes excepciones a esta inmunidad: 1.^a Cuando el ministro voluntariamente se hace parte (como dijimos respecto de los cónsules). 2.^a Si es ciudadano del país a que ha sido enviado y su país no ha renunciado a la autoridad que tiene sobre él. 3.^a Si desempeña al mismo tiempo empleos en la corte en que está acreditado. 4.^a En caso de ofensas que afecten la seguridad del Estado en que reside, de modo que si el peligro es urgente, puede hasta tomarse sus papeles y ser expulsado del país

(3) Dict. du Dip. V Dettes.

(4) Elem Intern law, Par. 3.^a, Cap. 1.^o, párrafo 15.

La opinión de Lord Cocke citada por Elliot (5), nos parece que deslinda el caso: "Si un embajador extranjero, dijo, cometiese aquí algún crimen contra *jus gentium*, como traición, felonía o cualquier otro contra el derecho de gentes, perdería el privilegio y dignidad de embajador como indigno de tan elevado destino y podría ser castigado aquí como cualquier otro particular extranjero, sin que hubiese de ser remitido a su soberano sino por cortesía. Pero si algo fuese declarado *malum prohibitum* por acto del parlamento, derecho privado o costumbre de este reino, que no sea *malum in se*, *jure gentium* ni contra *jus gentium*, entonces debería respetarse su inmunidad". Aquí el *jus gentium* y el *malum in se* se toma como derecho natural, esto es *crímenes* que en todas partes son crímenes, y el *malum prohibitum*, como delitos que sólo son tales en el país cuya legislación los prohíbe. En nuestro concepto no puede hacerse una distinción más clara y más arreglada a justicia.

Respecto al ministro que se hace comerciante o industrial, estamos con la opinión de Bunkerhoek (6), que establece que un ministro en este caso, no puede gozar de inmunidades, en lo que se refiere a sus actos de comercio. Cita el caso de residente del duque de Holstein en La Haya. La Corte Suprema de la provincia de Holanda había dictado un decreto en favor de la validez del embargo de sus efectos por una deuda que había

(5) Diplomatic. Code p 402 edición 1834

(6) De foro legatorum, Cap 14

contraído como comerciante, exceptuándose de ese embargo solamente los muebles de su casa y otros objetos necesarios a la embajada.

Pero para todos estos juzgamientos se ofrecen a los ministros un alto Tribunal, donde puedan ocurrir con la dignidad de su carácter; las Constituciones del Estado Oriental, de la República Argentina y de los Estados Unidos dan esta incumbencia a la alta Corte de Justicia, como vemos con motivo de los cónsules.

Todas estas prerrogativas, respecto a la extraterritorialidad, están muy restringidas porque la civilización moderna las ha hecho casi innecesarias, hoy que un particular extranjero viaja y reside en cualquier parte con plena libertad. Sin embargo nos sorprende por lo mismo hallar la siguiente opinión de Grocio sobre el derecho de asilo (7). "Para saber ahora si un embajador, dice, tiene jurisdicción sobre su familia y derecho de asilo en su casa, para aquellos que busquen refugio en ella, es una cosa que depende del permiso del Gobierno en cuyo territorio está; por *que esto no es del derecho de gentes*". Sin embargo este asilo se reconoce hoy por causas políticas. La casa del ministro brasileño fue en Lisboa el asilo de un gran número de personas perseguidas por el Gobierno de D. Miguel. Cuando el asilado es un criminal debe pedirse la extradición al ministro y no penetrar en su casa sin su consentimiento. A más no se extiende hoy el derecho de asilo.

(7) Lib. 2, Cap 18, párrafo 9, núm 2

La *inviolabilidad* de la persona del ministro, es otro principio al cual se agrupan las demás inmunidades de que no hemos hablado. Ella es la condición *sine qua non* de la recepción de un ministro; o se recibe y entonces es para protegerlo y hacer que su persona sea inviolable, o no se recibe, si es que no puede o no debe concederse esa inviolabilidad. Aunque la historia registra algunos crímenes cometidos contra ministros diplomáticos y sobre los cuales Martens ha escrito dos volúmenes con el título de *Causas célebres del derecho de gentes*, la reprobación universal con que se ha mirado esos procedimientos y las satisfacciones que han tenido que dar las naciones con ese motivo, son consideraciones que afirman más el principio de la inviolabilidad (8). Esta prerrogativa empieza desde el momento en que el ministro pisa el territorio del Gobierno cerca del cual viene acreditado, siempre que sea notorio su carácter, en virtud de ella toda seguridad debe garantírsele a él personalmente, a su familia y servidumbre, a su actividad oficial, a sus funciones diplomáticas, a su correspondencia, a sus correos, marítimos o terrestres, siempre que muestren los pasaportes que les haya dado. A pesar del Estado de sitio y clausura de puerto, estos correos, no pueden ser detenidos, a no ser que notoriamente sean hostiles, lo que sería *malum in se*, y contra *jus gentium*, y quedarían sujetos a las reglas que hemos dado.

Todas estas inmunidades reposan en un pacto tácito, entre el Gobierno que acredita al ministro

(8) De Cussy, Dict. du Dip. ver. 6. Prerrogativas

y el Gobierno que lo admite, luego no es obligatorio a un tercero por cuyo territorio transite o tenga que transitar este ministro, en él solo tiene derecho a que se le acuerde la garantía que se acuerda a todo transeúnte; hoy, según el estado de civilización, no se necesita más.

Modos de acreditar y recibir los ministros

11. — El Gobierno que acredita a un ministro cerca de otro, lo hace por medio de un instrumento autógrafo, en el cual expresa su carácter y recomiéndasele de entero crédito a todo lo que diga sobre el objeto de la misión, cuyo instrumento se llama *credencial* (1). También recibe el ministro pliegos particulares en los que se le detallan sus deberes sobre la misión, la conducta que ha de observar en ella, y todas las previsiones necesarias para un mandatario que tal vez se hallará en el caso de obrar sin poder consultar especialmente sobre los accidentes que nazcan; estos documentos son las *instrucciones* (2) que el ministro reserva para su resguardo. Cuando la misión tiene por objeto un tratado o convención, recibe además el ministro *plenos poderes* (3) para ello, es decir la facultad de obligar a la nación en tratado o convención. Los nuncios apostólicos o legados del Papa reciben lo que se llama *las facultades*, es decir la autorización sobre la jurisdicción espiri-

(1) De Cussy. V. Lettres de créance

(2) Idem V. Instructions.

(3) Idem. V Pleines Pouvoirs

tual que deben ejercer en el territorio donde van a residir.

El modo de recibir a los ministros varía según el uso de las cortes y según el carácter de los enviados; salvo los mayores o más limitados honores, lo esencial es la presentación de las credenciales al Gobierno; en audiencia pública o privada, acompañándolas de un discurso en que se da una idea de la misión. Esta audiencia la solicita el ministro que debe recibirse, por medio de una nota a la cual se adjunta copia de las credenciales y del discurso que debe pronunciarse. El idioma de la diplomacia que antes era el latín, es hoy el francés por uso general, pero no hay obligación de hacerlo, y puede emplearse por cada ministro el idioma de su país.

Presentadas las credenciales, el Gobierno cerca del cual está acreditado el ministro, lo admite y lo declara en el goce de sus prerrogativas y exenciones por un decreto solemne. Los ministros de tercer orden por lo general, presentan sus credenciales, en audiencia privada al ministro de Relaciones Exteriores.

Los nuncios apostólicos, siguen las mismas reglas, pero antes de todo, tienen que presentar al Gobierno sus *facultades* y conformarse con las restricciones que se les impongan, porque ninguna jurisdicción puede ejercerse en el país, sin especial permiso del Soberano (4). Si el nuncio no se conforma con las restricciones de sus facultades, no se le admite, ni tampoco si se niega a

(4) Auto Acordado, 2, tit 7º, Lib 1º, N Rec

presentarlas. Tampoco puede el nuncio delegar sus facultades sin conocimiento del Gobierno y nueva presentación.

Los secretarios de los ministros son presentados en la misma audiencia por éstos, y desde entonces participan, en una escala inferior, de las prerrogativas diplomáticas (5).

Casos en que cesa el Ministro y modos de retirarse

12 — Del mismo modo que un Gobierno es completamente libre para acreditar un ministro cerca de otro, lo es para retirarlo en cualquier tiempo, aún pendiente su misión; este retiro no puede interpretarse como una ofensa, porque esto sería erigirse en juez de las intenciones y de los motivos secretos del Gobierno que lo había acreditado. Establecemos este principio contra la opinión de Bello (1) y otros que opinan que, cuando en la nación donde residía el ministro sobrevienen cambios en la forma de su gobierno, en la dinastía o en su constitución, el retiro del ministro se consideraría ofensivo y podría interpretarse como un desconocimiento del nuevo orden de cosas establecido o del nuevo gobierno; *lo que bastaría para justificar un rompimiento.*

Sorprende en verdad cómo un autor del mérito de Bello, consigna con tanta ligereza un caso justo de rompimiento, en lo que no puede ser sino una *cabildosidad* o un *celo exagerado*, contra el

(5) Bello Parte 3^a, Cap 1^o, párrafo 6^o

(1) P 3^a, Cap 1^o, párrafos 2 y 5

ejercicio de un derecho que emana de la independencia de toda nación.

Si el retiro del ministro coincide con el cambio en la situación del país en que residía, solo por una inducción y por una inducción audaz, puede decirse que ese acto es una ofensa o un desconocimiento del Gobierno nuevo que ese país se ha dado; la reclamación de tal ofensa sólo podría basarse en esa inducción, pues no hay otras pruebas en que basarla, y esa inducción se desvanecería con la simple negativa por parte de la nación contra quien se hace. Además ésta *usa de un derecho suyo* y el que usa de su derecho no daña ni ofende, ni está obligado a dar cuenta de su conducta. Si una nación estuviese obligada a mantener sus ministros y sus relaciones antiguas, con un nuevo gobierno que no le ofrece las garantías de cumplimiento que le ofrecía el antiguo, con quien inició la negociación, no podría cumplir su deber resguardando los intereses de sus nacionales, y si ese nuevo gobierno es inmoral, aunque no le es dado ofenderlo, ni desconocerlo, le es dado abstenerse de conservar relaciones con él. Según Bello, este gobierno tendría justicia para ir a un rompimiento, y la injusticia estaría de parte de la nación que no quiso pactar con el crimen! El mantener los ministros, no es sino un deber de cortesía y buena vecindad y queda fiado a la conciencia de la nación; que ésta tenga pues, el derecho al menos, de suspender sus negociaciones con los Gobiernos inmorales, sin que estos tengan un motivo para pedirles cuenta de su conducta. Tal es el principio justo.

El retiro del ministro se verifica por medio del documento que se llama *carta de retiro* (*lettre de rappel*) la cual se entrega por el ministro al Gobierno, con las mismas formalidades que las credenciales. Algunas veces, y esto sucede cuando un solo ministro está acreditado cerca de varias cortes o repúblicas, el expresado cumple con enviar testimonio, desde su residencia, a los distintos gobiernos con quienes comunicaba, disculpándose por no hacer personalmente su despedida. Cuando el ministro se ha comportado dignamente, se le dan *recredenciales*, que son letras de recomendación para su gobierno; suelen darles también presentes o cruces honoríficas; algunos gobiernos prohíben a sus agentes recibirlas, como los Estados Unidos, y según nuestra Constitución, no pudiendo ningún ciudadano admitir *distinciones o títulos de otro Gobierno sin permiso de la Asamblea* (2), el agente de la República no debe admitir nada que sea una distinción.

Además el ministro puede creer que debe retirarse por alguna ofensa que se le haya hecho a él o a su nación, en este caso se limita a pedir sus *pasaportes*; o bien puede ser despedido por su mal comportamiento y entonces con la conminación que se le dirige se le entregan también sus *pasaportes*. Si el Gobierno que acreditó al ministro o aquel cerca del cual lo estaba, siendo monarcas, mueren o abdicen o son destronados, es de práctica revalidar las *credenciales* aunque las ne-

(2) Art 12, párrafo 4.º

gociaciones mientras tanto, se continúen *sub spe rati* (3).

En caso de muerte del ministro, el secretario debe hacer inventario de su archivo, sellando sus papeles, comunicarlo a su gobierno y ordenar el duelo, con participación de las autoridades superiores del país, que están en el deber de auxiliarlo para solemnizar las exequias, y de permitir que la familia siga en el goce de las inmunidades por el tiempo necesario para trasladarse a su patria. El uso a este respecto varía también según las cortes o repúblicas.

Deberes de los Ministros

13. — El primer deber de un ministro es cumplir, del modo más estricto que le sea posible, con las obligaciones que su gobierno le detalla en las instrucciones, porque no siendo sino un mandatario, se expondría a una triste desaprobación si excediese sus facultades y sería tenido por un indiscreto y mal servidor. Debe procurar conocer el modo de pensar del Gobierno con quien va a tratar y del cuerpo diplomático residente (1), porque es con estos datos que puede aventurar o restringir su mandato para no sufrir un desaire. Al efecto las visitas, aunque de etiqueta, como tienen que ser, pueden servirle de algo, y también los banquetes que de, lo más acertado es estudiar

(3) Bello, P. 3^a, Cap. 1^o, párrafo 7.

(1) Bello P. 3^a, Cap. 1^o

la opinión en la prensa, cuyos órganos oficiales y de oposición le suministrarán datos.

En sus conferencias debe ser circunspecto y respetuoso, pero mucho más en sus notas y escritos, que serían una prueba permanente contra su desacierto.

El estilo diplomático es el estilo sencillo y culto; no cuadran en él las figuras que no sean necesarias para la claridad. Sus argumentos deben ser razones de justicia, principios del *jus gentium* y referencias históricas, todo presentado con aliño pero sin afectación, sin acrimonia aunque se requiera la energía.

Cuando sea necesario producir argumentos que puedan ofender a los agentes de otras potencias, no se estampan en el papel, se pide una audiencia al final de la nota para ampliar las razones, otro tanto se hace cuando debe solicitarse algo que pueda comprometer a la nación.

Sería muy largo detallar los deberes de los ministros, y además una tarea inútil desde que existen obras especiales sobre la materia. La prudencia, el tacto y la perspicacia del ministro le detallarán su conducta según los casos ocurrentes (2).

Objeto y distinción de las negociaciones

14 — Toda negociación es encaminada a un fin de utilidad recíproca entre las naciones que la inician, esta reciprocidad es esencial para que el *jus gentium* la acoja a sus principios invaria-

(2) Elliot Diplomatic Code. 1834.

bles y la proteja con su sanción, desde su causa hasta el más remoto de sus efectos. Si una negociación se inicia con la sola mira de favorecer a una parte y por lo tanto de perjudicar a la otra, será un hecho que se caracterizaría de un modo distinto, o que causaría lo que ante el derecho civil se llama *una nulidad*; ante el *jus gentium* no formaría un *título internacional* ⁽¹⁾, aunque es verdad, que entre las naciones sería muy difícil notoriar la falta de reciprocidad en una negociación, porque existiendo en ellas tantos y tan complicados intereses, puede en apariencia haber falta de reciprocidad y existir ésta en la que más inicua se crea ⁽²⁾. Tal es el principio justo; tal es la dificultad de su aplicación, expresando nosotros una y otra cosa con igual franqueza, no hay el temor de que se crea que establecemos una máxima utopista, ni que sacrificamos el principio a la dificultad práctica.

Los objetos de toda negociación pueden clasificarse de tres modos 1.º Como las naciones reconocen entre sí los deberes morales, que por ser simplemente deberes de conciencia no pueden exigirse con coacción, puede ser para ellos de utilidad recíproca, elevar esos simples deberes a la categoría de obligaciones por medio de la estipulación y del compromiso; desde entonces lo que era un deber de conciencia, de civilidad o de buena vecindad es una obligación que se puede exigir. 2.º Como las mismas obligaciones o prestaciones

(1) Vattel Lib 2, Cap 22, párrafo 160

(2) Idem, Idem, párrafo 58.

necesarias que por el *jus gentium* deben las naciones cumplirse, se suelen presentar de un modo vago e indeterminado, sobre todo, respecto al modo de cumplirlas, puede ser de utilidad recíproca para ellas, especificarlas, reglamentarlas o establecer los mejores medios de hacerlas efectivas por el compromiso. 3.º Por último, puede convenir a dos o más naciones obligarse por la estipulación a cosas que, ni por el deber moral ni por el precepto del derecho, estaban antes obligadas.

Además desde Grocio hasta nuestros días viene haciéndose la distinción entre *tratados* y *convenciones* o *acuerdos*, como resultados de una negociación. "Para conocer la diferencia, dice aquel (3), "que existe entre los tratados y los acuerdos, basta "consultar a Tito Livio (Lib. 2) que juiciosamente dice que los tratados solemnes son compromisos que se hacen por orden del Soberano y "en virtud de los cuales por consecuencia todo "el pueblo se atrae la venganza de los Dioses "si no se observa, etc. Se llaman acuerdos públicos los que se hacen sin orden expresa del "soberano, pero en que los que los hacen prometen algo que se refiere a él, etc."

El uso moderno ha establecido otra diferencia entre los tratados y convenciones, no considerando a los que Grocio llama *acuerdos* entre los compromisos internacionales a lo menos, mientras no reciban una amplia ratificación del Gobierno, como lo veremos después. Hoy se llama *tratado* a todo compromiso estable o permanente, a todo

(3) Lib 2, Cap. 15, párrafo 3, núm. 1º.

pacto que determina una serie de hechos por un término cualquiera, y convención a todo compromiso transitorio, que solo demarca un hecho que es su cumplimiento y su término a la vez (4).

Hecha la distinción como la hace Grocio es esencial, porque la doctrina en uno y otro caso es distinta; hecha como los autores modernos carece de objeto, porque tan obligatorio es el tratado como la convención en ese sentido en que solo se diferencian por la materia o la duración del pacto; así es que hoy es casi admitida la sinonimia entre tratado y convención, dándose el nombre de *esponsión* (5) a esos acuerdos hechos por potestades subalternas de que habla Grocio.

Así pues, la única división de materia que tenemos que hacer es la de los Tratados y Convenciones y de las esponsiones o promesas.

De los tratados en general

15. — Los tratados, como los contratos de los particulares se perfeccionan por el *consentimiento*, pero: ¿Son aplicables a aquéllos los mismos principios que rigen a éstos? “Aunque los principios “generales que los rigen, dice Ortolan (1), sean “los mismos, los Estados, grandes aglomeraciones

(4) Martens - T 1, párrafo 58

Wheaton - Elements du Droit intern De Cussy, Dict du Diplomat V *Convention et traité*

(5) Wheaton Elements, etc., t 1, párrafo 228 Kluber Droit de gens moderne de l'Eur., párrafo 142. Bello, P. 1.^a, Cap. 9, párrafo 4^o.

(1) Regles internationales et Diplomatiques de la mer t. 1, p 89.

“colectivas, difieren demasiado de los particulares,
“simples individuos en su naturaleza, en su modo
“de resolución y de actividad, en sus intereses y
“en las cosas que forman el objeto de esos inte-
“reses, para que pueda sacarse de esas reglas ge-
“nerales las mismas consecuencias de detalle y de
“aplicación, tanto respecto a unas como de otra
“de esas convenciones. Así, aunque sea verdad
“que tanto las convenciones internacionales como
“las particulares, no son valederas sino en cuanto
“ha habido verdadero consentimiento: lo que
“conciene a la violencia, los manejos fraudulentos
“o los errores sustanciales capaces de viciar
“el consentimiento, toma, respecto a las naciones
“un carácter separado, y merece en la práctica
“una determinación particular, apropiada a la na-
“turaleza de las naciones, a su manera de querer
“y de obrar. Lo mismo es respecto a lo que con-
“ciene a la capacidad y los poderes de las per-
“sonas que estipulan; la manera de hacerse re-
“presentar en esas estipulaciones, las cosas o los
“actos que pueden o no pueden ser objeto de
“ellas; las causas lícitas o ilícitas susceptibles de
“presentarse en las mismas; en fin las formas exi-
“gidas para que los acuerdos sean considerados
“acabados y sancionados. Hay inevitablemente,
“sobre todos estos puntos, respecto a las conven-
“ciones internacionales, diferencias notables que
“deben tenerse presentes en la aplicación”.

Igual distinción hace también Pinheiro-Ferreira (2). Para nosotros, el principio de justicia en

(2) Nota sobre los párrafos 152 y siguientes, Cap. 12, Lib. 2 de Vattel.

los tratados y en los contratos, es el mismo, pero no dejamos de reconocer, con estos autores, que siendo distintos los sujetos alguna distinción debe haber en los medios.

Definición de los tratados y convenciones

16. — Los tratados y convenciones, según lo expuesto, son negociaciones internacionales que tienen por objeto obligar o desobligar de un modo especial a las naciones, que las llevan a cabo, por medio de sus autoridades competentes o de sus agentes caracterizados. Decimos que son *negociaciones* para significar que la materia del tratado debe ser estudiada, discutida y arreglada con plena libertad, libre consentimiento y utilidad recíproca; si el tratado no se negocia, si es impuesto, o aceptado sin conocimiento de causa, no es obligatorio ni puede ser considerado ni aún como una convención. Su objeto es obligar o desobligar a las naciones, porque si bien puede haber casos en que sea de utilidad recíproca consignar una obligación especial, puede haber otros en que sea necesario derogar esa misma obligación especial, o por situaciones especiales en que se hallen dos naciones, convenir en no exigirse alguna de las mismas obligaciones del *jus gentium*; esto no quiere decir que se puede *pactar la abolición del derecho* y que las naciones queden *completamente desobligadas*, sino que aquellas obligaciones que dependen de un *derecho renunciabile*, pueden desaparecer por la renuncia de este *derecho*. Deci-

mos también que se llevan a cabo por las autoridades competentes o por medio de los agentes autorizados, porque aunque en general intervienen estos, no es esencial y pueden los gobiernos directamente concluirlos, como se inició y concluyó el tratado celebrado en París el 26 de setiembre de 1815, formando parte Rusia, Prusia y Austria, llamado *Santa Alianza*. Aunque Inglaterra rehusó prestarle su adhesión, por no haber intervenido un ministro público, que ella creía esencial, se mira en general como un pacto válido; los ministros no son sino los medianeros de sus gobiernos, luego no son esenciales. Lo esencial es que el Gobierno esté representado completamente según la constitución de cada país; donde el Gobierno es el monarca por si solo basta que concurra él, donde el Gobierno, como en Gran Bretaña y demas pueblos constitucionales, no es solo el Monarca o el encargado del Ejecutivo, es claro que tendrá que concurrir el ministro o ministros necesarios, pero no ya como agentes diplomáticos, sino como elementos del mismo Gobierno. Para justificar nuestra definición diremos que la de Grocio no es una definición, porque se limita a decir que los *tratados son convenciones* (1); pero las *convenciones* son tratados, luego se quiere definir con lo mismo qué debe definirse. Martens (2) define los tratados como *las convenciones que se hacen de nación a nación por intermedio de sus agentes diplomáticos*. Esta definición además de adolecer del

(1) Lib. 2, Cap 15, párrafo 3.

(2) Précis du Droit intern., t 1, párrafo 47.

vicio de la de Grocio, le agrega una condición falsa porque no es esencial que intervengan ministros diplomáticos. Bello (3) dice que el tratado es un *contrato entre naciones*, lo que no es cierto, porque los tratados están sometidos a principios especiales. Además, entre individuos se *contrata*, esto es, cada uno trata de lo *suyo* y por lo tanto, hay una esfera de acción que se extiende hasta la propiedad. Entre las naciones se *trata*, esto es, se *establecen principios, reglas, se reconocen derechos*, todo con el primordial objeto de asegurar entre ellas los preceptos del *jus gentium*, o declararse no comprendidas en algunos de esos preceptos, por razones de situación especial.

Quienes pueden iniciar y concluir tratados

17. — En este párrafo tenemos que responder, en lo posible, a estas dos cuestiones. 1.^a ¿Cuáles son los Estados que pueden tratar? 2.^a ¿Cuál es en ellos el órgano caracterizado para iniciar y concluir los tratados? Habiendo en la Primera Parte caracterizado cual era el sujeto de las relaciones internacionales, la primera contestación quedaría hecha con la simple referencia a esa parte de nuestro libro, si el uso de las naciones, no trajese ya a la validez del derecho ciertas relaciones que aunque no son del orden político, no pueden ser excluidas del orden internacional.

Un tratado público no puede ser celebrado sino

(3) P 1^a, Cap. 9, párrafo 1.^o.

a nombre de una nación que es en si misma un sujeto del derecho internacional, una personalidad completa, porque el poder de negociar y de contratar de nación a nación, de potencia a potencia es uno de los derechos esenciales de la independencia. Solo puede tratar, en el sentido político, un Estado libre, que conserva el ejercicio de sus relaciones exteriores, sin restricción alguna (1); en este caso se halla pues aún el Estado que tenga compromisos o pactos con otro que restrinja más o menos sus facultades, con tal que no hayan absorbido ésta, lo que los autores llaman *Estados semi-soberanos (misouverains)* (2). Pero un *tratado público*, es solamente una convención en que se establecen reglas y preceptos de orden político, que afectan tan solo lo que en la Primera Parte párrafo 1.º llamamos *Estado*. Aunque la *sociedad* se refiere a relaciones internas, el progreso de la comunicación de los pueblos, ha hecho nacer hoy otro orden internacional, respecto a los municipios de dos o más Estados, y practicable por lo tanto tratados de un orden municipal o social. Los Cantones Suizos, como los Estados de la Confederación Germánica, poseyeron hasta 1848, la facultad de celebrar tratados de orden político, pues unos y otros conservaban la facultad de dirigir sus relaciones, a pesar de la confederación a que estaban

(1) Kluber Droit de gens moderne de l'Europe, párrafo 141.

(2) Martens Precis du droit de gens mod de l'Eur., t 1.º, párrafo 119.

ligados. Pero por los artículos 9 y 10 de la Constitución de 12 de setiembre de 1848, se restringió esa facultad de los Cantones Suizos, dejándoles tan solo la necesaria facultad para comunicar directamente con las autoridades inferiores y los empleados de un Estado extranjero, para concluir tratados relativos a la economía política, a las relaciones de vecindad y de policía.

Por el art. 107 de la Constitución de las Provincias de la Confederación Argentina, éstas pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, pero con conocimiento del Congreso Federal, los tratados políticos competen solamente al Gobierno de la Confederación (3). Según la Constitución de los Estados Unidos (4), los Estados no tienen esta facultad, sino en cuanto a su división o anexión, pero también con el consentimiento del Congreso; los tratados políticos competen solo al Gobierno Federal (5). Esos tratados, que llamamos de segundo orden, son regidos, en cuanto a su iniciación, por los mismos principios, puesto que la única diferencia está en las personalidades que los concluyen. Los primeros, es decir, los tratados políticos son obra de la personalidad del estado; los segundos, son obra de la sociedad o del Estado que por sí solo no es un sujeto de las relaciones internacionales. El de-

(3) Art. 86, inciso 14 de la Constitución.

(4) Art. IV, Sección 2^a, párrafo 2.^o

(5) Art. 2.^o, Sección 2^a, párrafo 2.^o

sarrollo de estas comunicaciones al parecer importante ya, puesto que ocupa la atención de las Constituciones, tal vez haga nacer otra serie de principios especiales que podrán llamarse derecho *intermunicipal*.

Ahora respecto al órgano caracterizado para iniciar y concluir los tratados, nos será fácil responder *sobre lo que debiera ser*, pero muy difícil sobre *lo que es*. En efecto, sería bien extraño, como dice Berriat-Saint-Prix (6), que el poder ejecutivo, incapaz de gravar a un ciudadano con obligaciones cuyo fundamento no se estableciese en una ley, pudiese con todo, por su sola autoridad, obligar a despojar a toda la nación! Esto es lo que debiera ser, y lo que es en casi todos los pueblos constitucionales. En la negociación de un tratado hay *lo que se llama su iniciación* y su *conclusión*, cuyo análisis haremos en el párrafo siguiente; por lo general la iniciación corresponde al Ejecutivo, con anuencia del legislador; según nuestra Constitución (art. 81) del Senado, pero su conclusión (art. 17, párrafo 7º) corresponde a la Asamblea General que es el poder legislador.

Pero en los Gobiernos absolutos, el órgano de todas las relaciones es el autócrata y por lo tanto, sólo él inicia y concluye los tratados.

Iniciación y conclusión de los tratados

18. — Los tratados se inician, atendiendo en primer lugar, quién es el órgano facultado para

(6) Théorie du droit constitutionnel français, pág 488.

ello por la constitución política de cada país, o bien por la constitución social de cada provincia, si fuese un tratado de segundo orden. En segundo lugar, atendiendo, si se inicia por ministros diplomáticos, a la *plenitud de sus poderes*, a cuyo efecto deben exhibirse recíprocamente; obligación perfecta cuya *omisión anularía el tratado*, a no ser que una amplia ratificación le subsiguiese; pero como esto es eventual, obraría mal el diplomático que se comprometiese en una negociación de esta clase, sin estar cerciorado de que su colega estaba munito de plenos poderes, o sin cerciorarlo a él, de que está autorizado del mismo modo (1). En tercer lugar, atendiendo cada ministro, a las *instrucciones* que le haya dado su gobierno; siendo ellas reservadas no hay obligación de exhibirlas, y cuando un ministro se niega a algo invocando sus instrucciones, no tiene obligación de detallarlas y si, tiene derecho a ser creído, puesto que la responsabilidad en este caso, la asume para ante su Gobierno que se las ha dado (2). En cuarto lugar procurando que las conferencias tenidas para celebrar el tratado, se consignent cada una en forma de acta (*compte-rendue* ou *procés verbal* des conferencias) cuyas actas se llaman, por moderna denominación que data del Congreso de Viena (3) en 1815, *protocolos de la negociación*, y que son públicos, pudiendo cada parte disponer de ellos o

(1) Bello, P. 3^a, Cap. 1.º, párrafo 5.º.

(2) Wheaton Elements du droit international, t. I, párrafo 9, pág. 197

(3) De Cussy. Dict du Dip. V Protocolo.

de testimonio de ellos. Por último, consignando, bajo invocación sagrada, lo que empieza a no ser ya de uso, artículo por artículo, con método y claridad, los principios convenidos; lo que forma la redacción del tratado que enviará a su Gobierno cada ministro, adjuntando además todos los protocolos, debidamente autorizados.

A pesar de que con estos actos queda formulado el tratado, no hay sino su iniciación; esa obra de los diplomáticos, o de los Encargados del Ejecutivo que directamente hayan intervenido, no produce aún obligaciones, falta lo que se llama concluir, acabar el tratado.

Para esto es necesario: 1.º La discusión del tratado por el Cuerpo Legislativo o poder autorizado para ello según la Constitución de cada pueblo. 2.º La ratificación o sanción del tratado. 3.º El canje de las ratificaciones.

En el primer caso, prescindiendo de la validez de la iniciación, se entra a apreciar la conveniencia o no conveniencia del tratado, y por lo tanto puede no ser admitido, puede ser rechazado, con tal que ese rechazo se funde en sólidas razones. Si antiguamente pudo ser para Bynkershoek (4) una cuestión si el Soberano estaba o no obligado a aceptar la iniciación del tratado, si para resolverla creyó entrar a distinguir si hubo o no violación de las instrucciones, y si de esta distinción dedujo una obligación imperfecta de ratificar lo hecho con arreglo a esas instrucciones, hoy la división de poderes, su independencia, sus atribuciones ha-

(4) *Questiones juris publicæ*, cap VII

cen la cuestión más curiosa que útil. En efecto, si el Ejecutivo no puede sino iniciar el tratado, no obliga con él; y si el Legislativo tiene la facultad de discutirlo, tiene la de prescindir de la iniciación y considerarlo con plena independencia, como un acto que puede modificar sus intereses y perjudicar a la Nación; el segundo caso, resulta como consecuencia del primero, no hay obligación de ratificar un tratado injusto o perjudicial y que nadie, sino el poder que debe ratificarlo, puede ser juez de esa injusticia o de esos perjuicios. La práctica es señalar un término, dentro del cual debe hacerse la ratificación, so pena de quedar nulo el tratado.

Por eso dice Pinheiro-Ferreira (5): “Los poderes “del ministro diplomático, aunque sea embajador, “no lo autorizan a concluir nada de valadero. “Reservándose los Gobiernos el derecho de *ratificar* o de no ratificar aquello que sus agentes “hayan convenido, quitan a este mandato el carácter de *poder* y aún más el de *pleno poder*”.

Sin embargo, esta opinión es muy exagerada porque el *pleno poder* es solo para la *iniciación* y como esta iniciación es la *base*, ya que no el *tratado*, se necesita un documento de facultades plenas, que al mismo tiempo que autorice lo bastante al agente, le demarque el límite de esas facultades, en lo que ellas pueden ser ostensibles y públicas. El tercer caso, que es el canje de las ratificaciones, cuyo modo de hacerse y lugar donde

(5) Nota al párrafo 77, Lib 4, Cap 6º de Vattel.

deba hacerse, es objeto de una estipulación particular.

Este es el acto que *concluye* propiamente el tratado, porque en general, es desde el día del canje de las ratificaciones que el tratado produce su efecto y es obligatorio (6). Pero nada impide que voluntariamente los contratantes, den un efecto retroactivo al tratado, si su naturaleza lo admite sin injusticia; pero en general, siendo el canje de las ratificaciones, el medio de que cada parte conozca esas ratificaciones, la notificación legal de ellas, es justo que recién desde entonces tengan efecto las estipulaciones del tratado.

Diferentes clases de Tratados

19. — Empezaremos por rechazar la división de tratados *iguales* y *desiguales* que viene haciéndose desde Grocio (1), hasta nuestros días (2), porque como dice muy bien Pinheiro-Ferreira: “Una convención *desigual* es un contrasentido jurídico, porque no sería sino una convención *leonina*. Aquí como en cualquier otro pasaje, la igualdad de que se habla puede ser *absoluta* o *relativa*: la *igualdad absoluta* es, según lo confiesa el sentido común, un absurdo. No quedaría pues, otro sentido a la frase, que aquel que suspusiese posibles tratados en que la igualdad relativa de las ventajas debidas a cada una de las

(6) De Cuesy, Dict du Dipl. V. Ratificación

(1) Lib. 2, Cap. V. párrafos 6 y 7

(2) Martens, Vergé, Hautefeuille Des droits et devoirs des neutres.

“partes contratantes no fuese observada y que sin embargo debiese mirarse como valederos; aserción de una notoria falsedad; porque la fuerza sola de un lado, o la demencia del otro, pueden dar existencia a semejante convención; y por lo tanto uno se pregunta, cómo ha podido Vattel colocar, entre los tratados lícitos y valederos, aquellos que no pueden ser sino el resultado de la fuerza o de la astucia (3)”. En efecto, semejantes actos no serán un tratado, o están fuera del *jus gentium* o si caen bajo él, tiene que caer como contravención a sus principios. Por eso hemos dicho antes que toda negociación presupone reciprocidad de intereses y de utilidades.

Otra división que se hace de los tratados es en *temporales* y *perpetuos*; los primeros son aquellos en que se demarca un término para su vigencia, al fin del cual caducan las obligaciones, y los segundos aquellos en que no se demarca término (4). La práctica es marcar siempre un término; si no se demarca, la palabra *perpetuo* no se toma en su sentido estricto, por eso algunos prefieren la palabra *indeterminado*. En efecto, el tratado no es tal sino mientras existe o puede existir la reciprocidad de intenciones o de utilidades; pero como en la naturaleza nada hay inmutable, resulta que un tratado no puede ser jamás perpetuo; la situación misma de los pueblos cambia; aunque una generación es sucesora de las genera-

(3) Notas sobre los párrafos 172 y 183, Lib 2, Cap 12 de Vattel

(4) Vattel, Lib 2, Cap 12, párrafo 187

ciones pasadas, unas no pueden gravar a las otras con restricciones que tienen el carácter de una época y que no consultan por lo tanto las necesidades de las épocas futuras. “Así, dice Pinheiro-Ferreira (5), todo lo que se puede razonablemente pretender, cuando se exige la observación de un tratado perpetuo, se reduce a que, no habiendo las partes contratantes fijado ningún término, aquella que en adelante quiera rescindirlo, es obligada a advertirlo a la otra parte, y aún a acordarle las indemnizaciones de los perjuicios que pueda experimentar por esta rescisión”.

Sobre todo, hay ciertos derechos esenciales, propios de la personalidad de las naciones, que jamás pueden entenderse que se comprometen en la perpetuidad de un tratado; puede bien suceder que la libertad y la independencia, u otra necesidad esencial, imprevista al celebrar el tratado, exijan después que se rompan esos vínculos (6). Ya hemos probado que los tratados no se rigen estrictamente por la legislación de los contratos; y si entre los particulares es difícil que hayan compromisos perpetuos, menos puede haberlos entre las naciones, que sobre ellas, reconocen deberes y obligaciones de un orden superior; pues, no debemos confundir los tratados con los efectos de los mismos, de cuya materia nos ocuparemos en adelante.

(5) Nota a los párrafos 187 y 188, Lib 5, Cap. 12 de Vattel.

(6) Vattel Lib. 2, Cap. 12, párrafo 170.

El sistema monárquico, que ha creado sobre los intereses de las naciones, otros intereses de dinastía, ha dado origen a relaciones puramente dinásticas que se han confundido con las internacionales, merced a esa confusión inícuca que operó la doctrina de los Reyes, reasumida en la célebre frase el "Estado soy yo". De aquí tratados iniciados para los intereses de la nación y tratados limitados solamente a los intereses dinásticos, o dictatoriales que vienen a ser del mismo orden, del todo personal a los gobiernos. Es en esta distinción que se basa, por algunos autores (7), la división de los tratados en *reales* y *personales*, llamando reales a todos los que se refieren a la nación y personales sólo a los que se refieren a la persona del Gobierno. Pero ante el *jus gentium* tales tratados si son inofensivos, no son sino pactos particulares y si son ofensivos a los derechos de los pueblos, como para imponerles un soberano o la perpetuidad de un gobierno cualquiera, son un atentado a los principios internacionales; y lo que es un atentado no sirve de base a una clasificación de tratados lícitos: "Los monarcas, dice Pinheiro-Ferreira, por el hecho de concluir convenciones, pueden obrar en sus intereses particulares, como podría hacerlo en semejante caso, cualquier otra persona; o bien pueden obrar en el interés de la nación. En el primer caso es un contrato particular, pero no un *tratado personal*. En el segundo caso es una *convención internacional* y el

(7) Vattel. Lib. 2, Cap. 12, párrafo 163. Bello. P. 1ª, Cap 8, párrafo 2.

“epíteto personal no tendría ninguna aplicación; PORQUE EL INTERES DE LA PERSONA DESAPARECE ANTE EL INTERES DE LA NACION (8)”.

Es admirable como Grocio, escribiendo en la infancia de la ciencia, que fue el primero que con los elementos de la historia y de la teología formó un cuerpo del *jus gentium*, estampa esta opinión relativamente a la materia de que nos ocupamos (9). “Si se trata con un pueblo libre, no hay duda, de que lo que se le ha prometido sea real de su naturaleza, porque el sujeto a quien se promete es una cosa permanente”. Así, el padre de la ciencia, si bien admite la división de tratados reales y personales, estos últimos, en el concepto de referirse sólo a la persona del monarca, los considera impropios de un pueblo libre, no pudiendo suponerse o concebirse sino en un pueblo subordinado al interés de un autócrata. Rechazamos pues, esa clasificación que no nos da una base para la doctrina del derecho de gentes, sobre tratados lícitos. Ahora bien, la distinción buscada por los autores, entre tratados reales y personales, no es una distinción inútil, es necesaria porque ella debe responder de la *subsistencia o insubsistencia de las obligaciones convencionales en virtud de los cambios o transformaciones accidentales de las naciones* y de cuyas transformaciones alguna idea dimos en la Primera Parte al hablar de la personalidad de las naciones.

(8) Nota al párrafo 183 arriba citado de Vattel; véase a Wheaton *Elements du droit intern.*, t. 1, p. 38 y 39.

(9) Lib 2, Cap. 16, parrafo 16, núm 1º

Nuestro método en este libro 1º, nos pone de manifiesto que, independientemente de las personas de los Gobiernos hay en las naciones, como en todo cuerpo moral, una *personalidad* y una *realidad* o bien facultades personales y reales, las primeras relativas a ciertos derechos de conservación, libertad, independencia, etc., las otras relativas a ciertos derechos sobre el territorio o compromisos *hacia el territorio y rentas de él*, que forman si podemos decir así el *jus personalis* y el *jus in rem vel ad rem* de las naciones.

Pero las obligaciones convencionales, siguen el carácter de las obligaciones originales del derecho, puede pactarse internacionalmente respecto a la personalidad y respecto a la realidad o a las cosas. Así, establecemos sin riesgo con Wheaton (10), que hay una distinción importante que hacer entre tratados *reales* y *personales*, atendiendo, no a las personas de los gobernantes, sino a la personalidad de las naciones, *para los casos de las transformaciones constitucionales* y para derivar en general cuando subsisten y cuando fenecen los tratados en esos casos especiales.

Para nosotros pues, es tratado personal aquel que se refiere a concesiones, determinaciones o preceptos que no se refieren a las cosas de un modo exclusivo o esencial, y real, al contrario, el que de un modo exclusivo y esencial se refiere al territorio o a aquello que está vinculado al terri-

(10) Elements du Droit intern t. 1, párrafo 10, p. 255.

torio, como las obligaciones que el *jus civilis* llama *ad rem o in rem*.

Así un tratado de paz, amistad y comercio y navegación es personal, se refiere sólo a la libertad de las naciones, uno de los derechos puramente propios de la personalidad.

Pero un tratado de límites, un subsidio, son tratados reales, porque se refieren al territorio o a las rentas que ese territorio hace producir.

Efectos de los tratados

20 — En primer lugar observamos que en el tratado puede proponerse una serie de prestaciones, como el comercio, la navegación, el tránsito terrestre, etc., o bien un hecho solo o varios hechos que deben consumarse de una vez, como la demarcación de límites (1); en el primer caso cada prestación es un efecto del tratado y se puede exigir como caso de él (*casus foederis*) mientras subsista vigente la convención. En el segundo caso, el efecto del tratado es el hecho, y sólo lo relativo a su cumplimiento es el *casus foederis*. Pero los resultados de este hecho son permanentes, no en virtud del tratado, sino en virtud de la *consumación del tratado*; lo que en derecho de gentes se llaman *hechos consumados*, no es pues, cualquier agresión, cualquier usurpación, un simple *uti possidetis no legitimado*. Así la base adoptada para la demarcación de límites entre la República Oriental y el Brasil en 1815, usó impropriamente del

(1) Vattel. Lib 2, Cap 12, párrafo 192

término *hechos consumados*. Más aún, los hechos que se practican en contravención total o parcial del tratado, no se llaman *consumados* porque aparezcan la competente reclamación y en su virtud pueden corregirse o reponerse las cosas al estado que tenían antes del tratado. LA INFRACCION NO ES UN TITULO.

Así pues, se llaman *hechos consumados* aquellos que son efectos de un tratado y que constituían todo el *casus foederis*, y en este sentido todo hecho consumado es un derecho que pertenece de un modo exclusivo y permanente a las naciones en cuyo favor se consumó.

Disolución de los tratados

21. — Las naciones, como dijimos en la Primera Parte, pueden sufrir modificaciones de *forma* que no alteran su personalidad, o modificación de *esencia* que la alteran o la extinguen. En el primer caso, el nuevo orden de cosas que se establece, el nuevo gobierno que sucede al contratante, no es una razón para que caduquen las obligaciones originales o convencionales, puesto que subsiste la personalidad de la nación, que es la obligada y no sus gobiernos. En el segundo caso, esa personalidad obligada desaparece y con ella desaparecen todas aquellas obligaciones que no tienen *una razón real* para subsistir y sobrevivir a esa personalidad, esto es: las obligaciones que eran referentes a ella tan solo (1).

(1) Pinheiro-Ferreira nota al párrafo 203, Cap. 13, Lib 2 de Vattel

Pero los tratados reales subsisten porque se refieren al territorio y pesarán contra quienes ese territorio gobiernen. Así pues, los tratados de comercio, navegación, etc., perecen con la personalidad de la nación; pero subsisten, contra quien la represente en la anexión, conquista o nueva ocupación, los tratados reales, las deudas, etc. También subsisten los hechos consumados en virtud de tratados reales, como la demarcación de límites, etc. (2).

Los tratados, sin distinción alguna, se disuelven por la violación que de ellos haya hecho una de las partes, porque sería lo más injusto que ésta, después de la violación invocase el mismo tratado en su favor. Ahora respecto a las ulteriores, pertenece al estado de guerra considerar qué medidas podrían emplearse para la indemnización de los perjuicios ocasionados por la violación. Pero indudablemente, la violación de un tratado no disuelve los otros (3), aunque el cumplimiento de ellos, podría suspenderse por la nación ofendida, hasta no recibir reparación, estableciendo así una justa *retorsión* (4). Sin embargo, Kluber opina en sentido contrario, porque se disuelven todos los tratados.

Del mismo modo, la violación de un artículo que no es esencial, no haría caducar el tratado (5),

(2) Bello Parte 1^a, Cap. 9, párrafo 3 al fin.

(3) Vattel, Lib 2, Cap 13, párrafos 200 y 201

(4) Véase la parte 5.^a de este libro.

(5) Pinheiro-Ferreira nota al párrafo 202, Lib 2, Cap. 13 de Vattel.

pero si, la violación de un artículo esencial, porque éste asume el carácter de condición, y porque en lo que hace la esencia del tratado, hay siempre una unidad que hace imposible la violación de la parte sin la violación del todo. Sin embargo, si la nación contra quien se infringió el artículo no reclama, y sigue exigiendo el cumplimiento de los demás artículos, se entiende que renuncia al derecho de exigir esa disolución y la otra parte no puede arguirle que está disuelto, porque sería el colmo de la perfidia formar un argumento de la propia infracción.

Además, el estado de guerra, es un hecho que disuelve los tratados que son incompatibles con ella, como los de paz, amistad, comercio y navegación, suspende el efecto de todos los de otro orden, pero no extingue los tratados que hemos denominado reales (6).

Los tratados hechos, en previsión de la guerra, lejos de extinguirse por ella, llegan a ser ejecutivos.

Por último cesan los tratados por algunas de las causales siguientes: 1.º Por el consentimiento recíproco de las partes interesadas, no sólo los contratantes, sino los terceros que adquirieron en él algún derecho. 2.º Cuando una de las partes se ha reservado el derecho de separarse y hace uso de él. En este caso el tratado seguirá vigente entre las otras partes contratantes, si su naturaleza divisible lo admite. 3.º Cuando se fijó un término al

(6) Bello Cap 9, párrafo 3, caso 7º

tratado y se vence. 4.º Si se estipuló una condición resolutoria y se cumple. 5.º Cuando el cumplimiento del tratado se hace física o moralmente imposible. 6.º Cuando cambia esencialmente la circunstancia cuya existencia se suponía necesaria por las dos partes. 7.º Por la *consumación del tratado* (7).

Renovación de los tratados

22. — Un tratado caduco o fenecido, puede renovarse; la renovación es un acto de iniciación, sujeto a las reglas que hemos dado, y cuyo objeto es prorrogar su validez. La cláusula usada a veces de que *tal antiguo tratado*, que se cita en el nuevo, *es convenido que haga parte de él, como si se hubiese insertado palabra por palabra*, no obliga a los contratantes sino en lo que *particularmente les concierne*, en el caso en que dicho tratado a que se hace referencia, hubiese sido celebrado por otras potencias (*inter alios*); pero, si este tratado antiguo al cual se refieren, no ha sido firmado sino por las dos o más partes contratantes del nuevo, éste da a aquel *toda su fuerza obligatoria*, importa una *completa renovación* (1) Pero ¿puede renovarse tácitamente un tratado? Vattel cree que sí (2) y del mismo modo Bello. Pero lo que se ha hecho por consentimiento expreso, sólo así puede

(7) Kluber citado por Foderé Nota al parrafo 202, Lib 2, Cap. 13, párrafo 202 de Vattel.

(1) De Cussy Dict. du Dip V *Renouvellement des traités*

(2) Lib 2, Cap. 13, párrafo 199

renovarse, y aunque de una parte y otra se siga por algún tiempo cumpliendo el tratado, es un acto de voluntad recíproca y no una obligación, porque su *causa* que era el tratado desapareció; y de lo que es voluntario no puede hacerse un argumento para lo forzoso. Pero, dijimos nosotros, que los tratados pueden proponerse, objetos puramente convencionales, así como objetos ya debidos por el deber moral y por la ley natural en cuyo último caso el tratado no es sino el convenio del *medio* que debe emplearse para el cumplimiento de la *obligación* originaria. En este caso, el mero hecho de seguir usando ese medio, será una renovación tácita, porque la *obligación* no se contrajo por el tratado, solamente se *reconoció*.

“Los tratados, dice Hautefeuille (3), que se limitan a recordar las disposiciones de la ley primitiva y a reglamentar el modo de su ejecución, entre las naciones contratantes, *siempre son obligatorios, no solamente durante todo el tiempo estipulado por las partes, sino aún, no habiendo recibido limitaciones, durante todo el tiempo de la existencia de éstas . . .* La razón de esta diferencia es fácil de concebirse. La ley natural es por su naturaleza, obligatoria siempre. Los tratados que recuerdan estas disposiciones y regulan su aplicación, deben necesariamente tener la misma perpetuidad, puesto que, en el caso mismo en que dejasen de existir, los principios no de-

(3) Des droits et devoirs des nations neutres, t 1, p. 10.

“jarían de ser ejecutorios, del mismo modo que lo eran cuando la estipulación estuvo en vigor”.

Luego, pues, son estos tratados únicamente los que admiten tácita prorrogación o renovación, pero no los puramente convencionales o los que de un simple deber moral, quisieron hacer una obligación, como la estipulación que una nación fuerte contrajese de prestar auxilio a una débil, por cierto tiempo, concluido ese tiempo, el deber moral que se traduce en esta frase: *el fuerte debe proteger al débil*, deja de ser obligatorio, y si se sigue prestando, no se presta ya por obligación, sino por *conciencia*, y cualquier día, puede retirarse el subsidio, sin que nadie, sino esa misma conciencia sea el juez del deber y de la moralidad del hecho.

No cabe aquí pues, tácita prorrogación del tratado.

Además la división de poderes, hace imposible la tácita obligación. En el ejemplo de Bello, sobre una guarnición que debía mantener un Estado en territorio de otro, por cierto tiempo y mediante una suma, no podría entenderse renovado tácitamente el tratado por el hecho de entregar la suma, porque para tal acto no estaría autorizado el Gobierno. Y si por una *ley expresa* se le autoriza ya no es tácita la renovación.

Nulidad de los tratados

23. — No hay que confundir la disolución de un tratado con la nulidad de él. Un tratado disuelto se supone que ha sido válido y sus resulta-

dos quedan legitimados, produce también *hechos consumados*. Pero un tratado nulo nada legitima, porque se supone que nunca ha existido, y las cosas deben reponerse al *estatu quo* antes del tratado.

Son casos de nulidad: 1.º La omisión de algún requisito constitucional en los agentes, o esencial en la iniciación y conclusión del tratado (1). 2.º Aunque no haya omisión en las formalidades esenciales, si el tratado importa la ruina o la infamia de un pueblo, que lo rechaza (2). 3.º Por no ser las partes contratantes, sujetos del derecho internacional, si el tratado es político; y si es de orden secundario (*intermunicipal*) por no ser hecho con arreglo a las facultades constitucionales (3). 4.º Por la iniquidad o torpeza del objeto, puesto que la ley natural no reconoce convenciones contra sus preceptos prohibitivos, así (4) un pacto para ejercer la piratería, o para oprimir a una nación es nulo.

De algunos tratados especiales

24. — Los tratados toman una denominación particular del objeto sobre que versan. Los más frecuentes son: los tratados de alianza que por referirse a la guerra hablaremos de ellos en el li-

(1) Véase el párrafo 18 de esta parte

(2) Grocio, Lib. 2, Cap 5, párrafo 9º

(3) Véase la 1ª parte, párrafo 1.º y ésta, párrafo 17.

(4) Confís. sobre el Derecho Natural, núms. 164 y 173.

bro 2.^o Los tratados de extradición que por referirse al derecho internacional privado, los reservamos para el libro 3.^o Los tratados de paz y de amistad; los tratados de límites, de navegación y de comercio. También suelen tomar la denominación del lugar donde se han concluido o negociado, como *Tratado de París, Tratado de Wáshington*, etc

Algunos de estos tratados se llevan a efecto por medio de *Comisarios* que cada parte nombra al efecto. Pero este título de *Comisario* es usado en diplomacia, solamente para designar el funcionario que debe arreglar el cumplimiento de un tratado ya concluido, aunque tal operación tenga que hacerla *contradictoriamente* con los Comisarios de la otra parte. Se nombran generalmente para la demarcación de *límites* y para la ejecución de cualquier artículo de un tratado especial que los haga necesarios, por consistir en arte o pericia (1). No debe pues, confundirse al comisario con los agentes diplomáticos, de que hablamos antes para la iniciación de los tratados; aunque también estos comisarios, están bajo la protección del derecho de gentes y al abrigo de toda violencia. *no revisten en general el carácter de ministros públicos.*

Perú en la cuestión reciente con España, tenía razón en no recibir al *Comisario Español*, sin discutir primero su carácter; máxime cuando podía haberlo rechazado de plano, por no presentarse con el carácter diplomático que las naciones ci-

(1) De Cussy Dict du Dip. V Commissaire

vilizadas indican de antemano con una denominación universalmente admitida.

De los concordatos

25 — Los tratados celebrados con la *Santa Sede* se llaman *Concordatos*. Tienen por objeto arreglar todo lo que concierne o puede concernir a los negocios de la iglesia, según lo que en cada pueblo establecen las leyes, la circunscripción de las Diócesis, las provisiones de las sillas episcopales, etc. Uno de los concordatos más antiguos es el celebrado por Francia en 1515 con el Papa León X, en que se contienen las máximas relativas a las libertades, franquicias y costumbres de la iglesia francesa. Desde 1815, muchos Estados europeos han concluido concordatos con la corte de Roma. Baviera en 1817, Prusia en 1821. Hanover en 1824, los Países Bajos en 1827, España en 1851, Austria en 1855. La República Oriental consiguió la separación de su iglesia, de la Diócesis de Buenos Aires de que antes dependía. Recientemente (1864) la República del Ecuador ha celebrado un concordato, digno de los siglos de atraso y fanatismo; por él se establece como la única religión en toda la República, a la Católica y se acuerdan privilegios al clero que más tarde darán sus perniciosos frutos; por ese concordato el fuero eclesiástico ha tomado tal ensanche que los sacerdotes jamás serán justiciables de las autoridades civiles.

Los concordatos, no son ni pueden ser perpetuos; los Gobiernos no tienen derecho de disponer de las creencias de la generación existente y mucho menos de las futuras.

Tratados de comercio

26 — La extensión que sucesivamente ha tomado el comercio, le da hoy una influencia principal en la conducta de las naciones y en sus relaciones políticas. Así, ha llegado a ser de una gran importancia y tanto más merece ocupar la atención de los gobiernos, cuanto que si, por una parte es un principio de paz, de buena armonía y de prosperidad, por otra parte despierta la actividad, el interés personal y la rivalidad (1).

Es para protegerlo, ensancharlo y aún a veces para restringirlo, según la necesidad, que las potencias negocian y concluyen tratados especiales de comercio. Sus cláusulas especiales se refieren por lo general a la importación, exportación y tránsito de las mercaderías, a las tarifas de las Aduanas, los peajes, impuestos de navegación, los derechos, privilegios y obligaciones de los súbditos respectivos en el territorio de cada una de las partes contratantes, los privilegios, inmunidades y funciones de los cónsules, etc. (2).

Los tratados de Comercio pueden concluirse con atención al estado de paz o al estado de guerra.

(1) Rayneval, t 1, p. 265.

(2) De Cussy Dict du Dip. V *Traite de Commerce*.

En los primeros se estipula todo lo que recíprocamente convenga a uno y otro estado, pues como dice Rayneval, estos tratados, más que otros cualesquiera, deben hacerse en la más equitativa reciprocidad. En los segundos, suele convenirse si el comercio ha de seguir o suspenderse. Llegado el *casus belli*, la excepción de apresamientos y embargo o el término que gocen los súbditos respectivos para retirar sus negociaciones pendientes. También entran en este caso las estipulaciones para cuando una de las partes sea neutral en la guerra a que la otra se comprometa, y entonces suele estipularse la exención de angarias, las mercaderías que serán consideradas contrabando de guerra y penas de los traficantes en ellas, las formalidades de los bloqueos y de las visitas, etc. (3).

Suele ponerse en los tratados de comercio la cláusula de que recíprocamente las partes contratantes se acordarán el tratamiento concedido o por conceder a la *nación más favorecida*, lo que quiere decir que se contrae la obligación de acordar a los buques y súbditos respectivos los mismos privilegios y ventajas que los que se hayan concedido a la nación que mayores goza, aunque no estén enumerados en el tratado.

Pero debe tenerse presente que esta cláusula sólo puede referirse a las concesiones gratuitas que se hagan, pero no a las que se hiciesen *en cambio de otra ventaja* pues entonces faltaría la reciprocidad.

(3) Bello P. 1ª, Cap. 6º, párrafo 3º.

La República ha celebrado tratados de comercio con varias naciones, y creemos inútil dar aquí una idea de ellos, desde que podemos remitir al lector, a las colecciones de leyes y tratados del Dr. Rodríguez.

Tratados accesorios

27 -- Se llaman tratados *accesorios* aquellos que no tienen otro objeto que asegurar el cumplimiento de otras obligaciones o tratados. Pueden reducirse a tres: *garantía, prenda o hipoteca y fianza.*

La garantía es la obligación que contrae una tercera potencia para hacer cumplir lo que otras pactan, o lo que una ofrece. La garantía debe pues, ser aceptada por todas las partes interesadas; también puede ser recíproca, cuando son muchas potencias las que intervienen en el pacto (1).

Siendo la convención de garantía, accesoria del tratado, resulta que el garante no debe prestar el auxilio pactado, sino cuando la nación interesada no puede por sí misma hacerse justicia. Síguese del mismo principio, que la garantía dada para una potencia, no puede ser pretexto para intervenir en los asuntos de una u otra, limitandose a obrar *cuando la parte interesada solicita su apoyo.* Y como su mente no ha podido ser sino favorecer la justicia en el *casus foederis*, no debe acceder al *simple requerimiento de auxilio, sino que debe*

(1) Vattel, Lib 2, Cap 16, párrafo 235

cerciorarse si es el caso de prestarlo o no, o si las circunstancias han desvirtuado o disuelto legalmente el tratado. En ningún caso la garantía puede perjudicar a terceros (res inter alios, alter allius non nocet). La garantía, sigue la condición del tratado principal y perece si este perece. Concluirá antes, si tenía fijado más breve término o dependía de condición resolutoria que se cumplió (2).

Pueden citarse como ejemplos recientes de tratados de garantía, la convención de mayo de 1832, concluida en Londres entre Francia, Gran Bretaña, Rusia y Baviera. Estipularon estas potencias, que Grecia formaría un Estado monárquico independiente con el príncipe Othon de Baviera por rey y la garantía de Francia, Gran Bretaña y Rusia. Estas mismas potencias prometían al mismo tiempo su garantía para un empréstito que el rey Othon debía contratar. La candidatura y la elección de todo príncipe, perteneciente a alguna de las casas remanentes de Europa, estaba implícitamente prohibida por un protocolo de 3 de febrero de 1830, que sirvió de base a la convención de 1832.

La revolución griega de 1862 puso en cuestión la garantía y la exclusión expresadas. En derecho estricto, es cierto que, la elección para el trono de Grecia de un príncipe inglés, francés o ruso, nada tendría de opuesto, al menos esencialmente, a la legalidad de las convenciones diplomáticas, estando, como están, los derechos de la indepen-

(2) Vattel, lugar citado, párrafos 236, 237, 238 y 239

dencia y soberanía nacional sobre todo el derecho convencional de los tratados. Mas, ha prevalecido en los consejos de las Grandes Potencias, que si bien el protocolo de 1830 y el tratado de 1832 no tienen, para el pueblo griego, una fuerza absolutamente obligatoria, esas estipulaciones subsisten en su espíritu y que, en este sentido, son permanentes como los intereses que las han dictado.

Otro ejemplo de garantía, es el compromiso estipulado por Francia, Austria, Gran Bretaña, Prusia, Rusia y Cerdeña, por el tratado de paz de 1856, para respetar la independencia y la integridad territorial del imperio otomano, garantizándose recíprocamente la estricta observación de este compromiso y muchos otros (3).

Por la convención de Paz de 1828 entre la Confederación Argentina y el Imperio del Brasil, con la mediación de S. M. Británica, quedó por esas partes contratantes garantizada la independencia de la República Oriental.

La prenda y la hipoteca, es el acto de garantir, la misma parte obligada, el cumplimiento de su obligación, por medio de cosas que entrega o de rentas que afecta. Según Vattel (4) Polonia en épocas anteriores garantizó a Prusia una obligación, entregándole en prenda una corona y otras joyas. Kluber (5) expresa, que la hipoteca aparece muy raramente en los tratados y Martens

(3) P. P Foderé, nota al párrafo 239, Cap 16, Lib. 2 de Vattel.

(4) Lugar citado, párrafo 241.

(5) Droit de gens moderne de l'Europe, párrafo 155.

que esos medios se usaban en otras épocas para garantir un empréstito u otros compromisos activos. Nosotros creemos que una nación no puede disponer de las cosas públicas para darlas en prenda, porque no tiene la *propiedad de ellas* como vimos en la Segunda Parte, párrafo 1.º Siempre la prenda será o una infamia para la nación o una ruina, y ningún tratado es válido cuando infaman o arruinan a los pueblos.

La fianza, que consiste en que una nación cumpla por otra una obligación, aunque recomendada por Vattel (6) como más eficaz, es hoy también impracticable. El objeto de los Gobiernos es solamente garantizar los intereses de sus súbditos. ¿Con qué derecho les impondrían a estos una obligación que en nada les atañe?

La reforma constitucional de los pueblos, ha dado en tierra pues, con los tratados accesorios. Hoy sólo serían lícitos los de *garantía*, y sólo en el caso en que esta garantía importase algo a la paz, bienestar o progreso de los ciudadanos de la nación que contrae la garantía

Si no pueden darse en prenda las cosas, para asegurar un tratado internacional, menos *pueden darse los hombres*. Los rehenes que se daban antes, era un abuso que esa reforma constitucional de los pueblos, ha desterrado también; sin embargo se lee en Wheaton que ha habido un caso, no muy remoto, en que se emplearon rehenes; tal sucedió en la paz de Aix-la-Chapelle en 1784, en

(6) Lugar citado, párrafo 240.

que la restitución del *Cabo Breton* en América del Norte, estipulada por Gran Bretaña en favor de Francia, le fue garantizada a ésta, por muchos pares de Inglaterra enviados como rehenes a París (7).

Pinheiro-Ferreira combate esta costumbre, negando a los Gobiernos la facultad de disponer de los hombres, y que, aun en el caso de prestarse éstos patrióticamente, sería una garantía ilusoria, puesto que es imposible hoy ejercer sobre los rehenes cualquier violencia, ni retenerlos en una prisión prolongada (8). Además, agregamos nosotros, nadie debe prestarse a servir de rehenes, porque conservando el carácter de ciudadano, aunque parece una patriótica abnegación y aunque en el móvil lo sea, en el hecho es UNA HUMILLACION, no para el que se presta, sino para la nación de donde es ciudadano y que acepta el sacrificio de sus miembros, por no SABER O POR NO QUERER CONDUCTIRSE CON DIGNIDAD.

Tratados hechos por subalternos - Esponsión

28 — La reforma constitucional de los pueblos, y los progresos de las teorías del derecho, que han consignado el principio de que *nadie puede sino lo que por derecho puede*, nos obligan

(7) Vattel asegura lo mismo, Lib 2, Cap 16, párrafo 246.

(8) Nota al párrafo 245, lugar citado de Vattel

a prescindir de tratar esta materia como lo hacen Grocio (1) y Bello (2).

Así pues, todo tratado o convención celebrado por una potestad inferior es una nulidad que no produce efecto alguno, ni contra la nación, ni contra el individuo que a su nombre la contrajo; para apoyar esta aserción no tenemos sino que referirnos a los párrafos en que hemos hablado de la *iniciación y conclusión de los tratados* y de la nulidad de ellos.

A nuestro juicio no cabe aquí sino una sola cuestión: ¿El caso de extrema necesidad en virtud del cual una potestad inferior celebra una esponsión, la justifica y por lo tanto la hace obligatoria?

La extrema necesidad es una de las exigencias que reclaman más fuertemente contra el ejercicio del dominio eminente; porque éste no se justifica sino en cuanto sirve para llenar las necesidades de la más humilde asociación del conjunto de un Estado; porque es una condición esencial de su acatamiento, que sirva para llenar el fin de todas esas asociaciones.

Supongamos algunos casos. Un buque nacional naufraga en regiones muy distantes, pero se salva su jefe y su tripulación, con el pabellón nacional y los papeles del viaje y este jefe, a nombre de su nación se ve en la necesidad de celebrar un empréstito con el Gobierno del país donde se ha

(1) Lib 2, Cap 15

(2) P 1^a, Cap 9, párrafo 4^o.

salvado, para regresar al suyo. ¿Cómo puede suponerse que la nación de este jefe desconozca tan sagrada deuda? Supongamos también que una provincia fronteriza, sufre un terremoto o una inundación y se ve en el caso su autoridad delegada, de celebrar una esponsión con el Gobierno limítrofe para los auxilios de consideración y del momento que el conflicto demanda. ¿Con qué derecho sería desconocido este pacto por el Gobierno Nacional?

He aquí pues, la extrema necesidad justificando la esponsión y haciendo de ella un pacto de *forzosa ratificación*. La razón es porque estos pactos, aunque celebrados sin autorización expresa, no se refieren sino a las obligaciones naturales de la Nación, puede decirse que el pacto no es lo que se las impone, sino la justicia. La esponsión pues, determina en este caso, la obligación, el derecho constitucional la acepta y la fe pública internacional tiene que protegerla.

Cuando hablemos de las esponsiones y capitulaciones en tiempo de guerra, haremos resaltar la aplicación de esta misma teoría.

Luego ante los progresos del derecho de gentes, no hay esponsión sino en caso de extrema necesidad y para determinar las mismas obligaciones del dominio eminente, de la jurisdicción e imperio, y en este caso la ratificación es obligatoria

De los Congresos

29. — Los *Congresos* son reuniones de diplomáticos, competentemente autorizados y cuyo ob-

jeto es encontrar medios de conciliación, discutir y ajustar pretensiones recíprocas y consignar principios del derecho público (1). Siendo el objeto de los congresos establecer puntos de derecho convencional, sólo se admite en ellos *plenipotenciarios* y su primer paso es canjearse o exhibirse sus *plenos poderes*.

Arieglado al ceremonial, de mutuo acuerdo, o convenido que no se guardará ninguno como se hizo en Utrecht en 1713 y en Aquisgran en 1748, dada la presidencia al *mediador* si lo hay, o al Ministro de la Corte donde se reúnen, o al que elijan, se entra a la discusión de los asuntos cometidos, cuidándose en cada una de las sesiones, de levantarse las actas o *protocolos* con fidelidad (2).

En estos actos las potencias católicas ceden el primer puesto al Papa; y para el orden de las firmas, se sigue la suerte o si no, lo que es más general, el orden alfabético de las iniciales del nombre de cada una de las naciones representadas (3).

Pinheiro-Ferreira hace así el resumen histórico de los congresos: "Se puede, dice, dividir todos los Congresos en dos grandes clases: los unos después de largos y violentos debates, han concluido por disolverse sin hacer nada; los otros, mirando los pequeños Estados como materia fácil, los países como haciendas pertenecientes a

(1) Vattel. Lib. 2, Cap. 18, párrafo 330.

(2) Bello. P. 2.^a, Cap. 2, párrafo 2.

(3) Idem. P. 1.^a, Cap. 18, párrafo 3

“sus respectivos gobiernos, y los pueblos como
 “vil rebaño. se han arreglado de modo que pu-
 “dieran dividirse los Estados por medida y por
 “cabeza según sus conveniencias (4)”.

Los Congresos más citados son: el Congreso de Westfalia, en que se celebró su paz, en 1648 El de Aix-la-Chapelle, 1748. El de Viena 1814-1815. El de Verona, 1822. El de París de 1856. Los resultados de este último han sido hacer entrar a Turquía en el sistema político de Europa, detener las usurpaciones de Rusia en las fronteras de ese Estado, haber decretado varios principios relativos al estado de guerra, de que hablaremos, allí, proclamando la libre navegación del Danubio y la del Mar Negro, y confirmado otros de los principios relativos a la libre navegación de los ríos, consignados ya en anteriores protocolos.

También este Congreso ha abordado muchas de las cuestiones políticas que dividían Europa y amenazaban su reposo (1). Ha sido el más laborioso respecto al derecho de gentes doctrinario.

Está en proyecto un Gran Congreso Americano, cuyo objeto lo describe S. E. el Sr. Ministro de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de Colombia, en nota de 5 de junio de 1862, pasada al Gobierno Oriental. “El tratado Continental, “dice, que inició Perú en Santiago de Chile y al “que han adherido casi todos los otros Gobiernos “Sudamericanos, da ocasión para creer, que den-

(4) Nota al párrafo 330, Lib. 2º, Cap. 18 de Vattel

(5) Carlos Calvo. Apéndice a la Historia de los Pr del Derecho de Gentes por Wheaton.

“tro de breve tiempo, se efectuará la reunión de
“plenipotenciarios en Congreso Internacional Re-
“publicano, con el fin de estatuir sobre la segu-
“ridad, la independencia y el bienestar de nues-
“tras Repúblicas, estableciendo para sus relacio-
“nes mutuas un cuerpo de doctrinas que consti-
“tuyan la alianza moral, no política, de estos pue-
“blos. identificados en intereses y esperanzas”.

A esta nota se adjunta una relación de los puntos internacionales a que suscribiría el Gobierno de Colombia (6).

En verdad, sería de gran importancia para las Repúblicas Americanas, llevar a cabo un pensamiento que les haría tanto honor y que podría restablecer muchos principios de derecho internacional, que el interés monárquico, predominante en los Congresos Europeos, ha sofocado en vez de darle expansión.

Las Repúblicas Americanas, libres de las preocupaciones y rivalidades de las grandes potencias europeas, ligadas por ese lazo fraternal de la democracia, si no realizada y elevada a sistema, vivificada en una aspiración común, están en una bella situación para proclamar desde lo alto de las Cordilleras, el derecho del mundo. Sería sensible que nos quedásemos sin representación en ese Congreso, si llega a realizarse.

(6) Véase “La Nación”, Núm 2 728

Obligación convencional

30 — Todo tratado válido produce obligación, desde el momento que se ratifica y se cambian las ratificaciones. Un tratado obliga no solo porque ha sido un acto voluntario, porque se quiere obligar, sino porque desde que se ha hecho la promesa, un *cambio de situación* se ha operado, hemos puesto a otro en nuestro caso sobre cosa determinada, y el precepto natural que nos garantizaba a nosotros esa cosa, se la garantiza del mismo modo al otro. Por nuestra voluntad tan solo no nacen las obligaciones, sino por el derecho, la obligación convencional, no es pues sino un cambio de situación, porque respecto a nuestras situaciones propias, somos libres de disponer de cualquier modo, pero no es un cambio que introduzcamos en el derecho; si cedemos a otro un derecho cualquiera, este derecho que antes nos protegía, protege al otro del mismo modo, sin que se haya hecho menor o mayor, porque el otro sea más o menos poderoso.

Es por estas razones que la nación que viola un tratado, viola también el *jus gentium*. Las naciones que no respetan sus obligaciones convencionales, se hacen acreedoras al desprecio de las demás y merecedoras de las complicaciones que les sobrevengan por su perfidia. Al contrario, las que cumplen religiosamente con ellas. Vattel ⁽¹⁾ nos refiere que la nación Suiza, más que por su bra-

(1) Lib. 2, Cap 12, párrafo 163

vura, por su fidelidad en cumplir los pactos, se ha hecho respectable en toda Europa.

Pero por la misma razón que la obligación convencional nace de un cambio de situación entre las partes contratantes, sólo es tal obligación entre ellas (2), y no puede exigirse a terceras potencias, o estipularse contra sus intereses. Pero estas terceras potencias pueden adherir a un tratado, cuya adhesión se llama *liga o coalición* según los casos.

Derecho convencional positivo

31. — Los principios consignados en los tratados, se consideran como precedentes de justa aplicación, a los casos análogos, sobre todo cuando aclaran el precepto indeterminado del *jus gentium*.

Esto es puramente doctrinario

“Los tratados, dice Wheaton (1), pueden considerarse como formando el derecho de gentes positivo. Una sucesión constante de tratados sobre cierta materia, demuestra el uso aprobado de las naciones sobre esa materia”.

También son los tratados pues, la prueba escrita, de lo que algunos llaman derecho consuetudinario.

(2) Conf. sobre el Derecho Natural, Núm. 165.

(1) Hist. de los progresos del Derecho de Gentes. Traducción de Calvo, resumen general, pág. 388.

*De algunos escritos y documentos relativos
a las negociaciones*

32 — Ya hemos explicado cuales son los documentos que esencialmente intervienen en una negociación, al hablar de las *credenciales, instrucciones, plenos poderes y protocolos*. Por conclusión de esta parte daremos una breve idea de los demás documentos que pueden ser necesarios en el curso de la negociación.

Se llaman notas los oficios que se dirigen los ministros para exponer un objeto de la negociación, en los cuales se usa de la tercera persona para designar quien habla y a quien se habla. Cuando la nota se refiere a algo accidental o a pedir despacho o contestación de otra, se llama *nota verbal*; *memorándum* según algunos es un documento que se adjunta a una nota, en que se recapitulan cargos o se recuerdan hechos importantes.

Puede ser el *memorándum* o memoria, *justificativo* y destinado a la publicidad o *confidencial*. A estos *memorándums* suele contestarse con contramemorias, rebatiendo o rectificando los hechos.

Llámase *ultimátum* a la nota o memoria por la cual un ministro público expone o significa las condiciones de las cuales, el Estado que representa, no piensa separarse o desistir. El *ultimátum* debe encerrar siempre la demanda expresa de que se le de una respuesta pronta, clara y categórica; según esto, este documento es la última condición, la última propuesta, la *última palabra* de un ne-

gociador (1). Para formularlo se necesita autorización expresa (2).

Las *Reversales* o *cartas reversales* son unos documentos por los cuales se salva un principio de un hecho contrario, para que no sirva de precedente, o se restringe una concesión al caso especial, o en que un Estado se obliga a no contravenir a un orden de cosas establecido, a pesar de tal o cual acto que accidentalmente se practica

El Decreto Consular de Brasil propuesto a la aceptación del Gobierno Oriental, recibió esa aceptación por una reversal de fecha 21 de diciembre de 1857 (3), de manera que no sólo se salvaron algunos casos, sino que por el hecho de la reversal, no puede invocarse por otras naciones.

Aceptación al refferendum o *sub sperati*, es aquella que da un ministro a proposiciones que se le hacen y que cree útil acoger, aunque no tiene instrucción para ello, las acepta pues provisoria y condicionalmente para someterlas a la aprobación de su Gobierno.

Preliminares se llaman a una previa convención en la cual se reglamentan los puntos más importantes de un tratado ulterior. Las bases se establecen por plenipotenciarios especiales, pero el derecho de concluir los preliminares no pertenece sino a la potencia soberana.

Los tratados preliminares encierran generalmente la condición de que serán reemplazados, en un

(1) De Cussy Dict du Dip V *Ultimatum*

(2) Bello P 3, Cap 2, párrafo 2

(3) Colección de Rodriguez 2^a Parte, pag 138

término fijo, por un tratado definitivo. Si esta condición no se cumple, los preliminares caducan. Tal es el carácter de los tratados celebrados con Brasil en 1851 y 58 sobre comercio y navegación.

Conclusum es la nota diplomática que resume las pretensiones de una potencia. Difiere del *ultimátum*, en que este último, como dijimos arriba, no admite ni contradicción ni modificación, mientras que el primero no es sino una base propuesta para abrir o cerrar discusiones.

QUINTA PARTE

DERECHOS DE ACCION Y DE COACCION EN TIEMPO DE PAZ

De las acciones y excepciones internacionales

1 — La justicia, continuamente atacada por las infracciones de los individuos, en razón de ser estos imperfectos por su naturaleza, por sus malos hábitos e ignorancia, sería para ellos una condición ilusoria, si el orden social y político, en la dirección superior, no tuviese los medios necesarios para oír las reclamaciones contra los infractores, y las razones de estos, y en su consecuencia restablecer el precepto de la justicia alterada contra cualquiera, compeliéndolos por la fuerza. Las naciones, cuerpos morales, cuya acción se reasume en la acción de sus altos funcionarios, constituyen personalidades más perfectas que los individuos, pero desgraciadamente susceptibles también de infringir la justicia. El orden internacional como el orden social y político, puede pues alterarse respecto a dos o más potencias, pero no existiendo respecto a él la dirección superior, el poder coactivo para restablecer la justicia, y siendo sin embargo no menos necesario restablecerla, he aquí que estas dos o más naciones en entredicho o con-

flicto, tienen que hacerse por sí solas sus reclamaciones y oponerse sus razones.

Desde que una nación tenga derechos que reclamar de otra, desde que tenga una *acción* que ejercitar contra ella, necesariamente ésta puede tener una *excepción*, una *defensa*, porque dependiendo de sus juicios respectivos el derecho con que se creen, una notoriedad de justicia es casi imposible.

De aquí pues, podemos deducir que toda reclamación internacional no es sino una *acción* y una *excepción* que hacen cuestionable un caso de justicia.

De aquí deducimos también que, no por faltar el magistrado que deba fallar sobre las pretensiones de una y otra, deja de ser un caso de *litigio*, cuyo objeto no es tan sólo el honor de las naciones, la preponderancia o cualquier otra razón relativa, sino la justicia; en el litigio internacional como en el privado, sólo debe vencer quien tenga de su parte el lado justo de la cuestión. Si así no sucede, no será un efecto del *jus gentium*, sino una arbitrariedad más para los anales de la barbarie humana.

Cómo puede considerarse el derecho activo de las naciones

2 — Todo litigio tiene dos partes: una destinada a discutir el derecho, a pesar de un lado la acción y de otro la excepción para ver de qué lado debe inclinarse la justicia, y también para tentar

todos aquellos medios conciliatorios que hagan innecesario el litigio, siempre odioso y siempre trayendo alguna ruina. Otra, cuando ha sido imposible la conciliación, o cuando se ha constatado la justicia, destinada a hacer efectiva la acción por medio de la co-acción.

En toda reclamación internacional debe pues existir la misma regla, porque lejos de haber una razón para que se exceptúen de ella las naciones, hay otras aún mayores para hacerla más necesaria: la de que no existiendo magistrado que dirima la cuestión, hay más temor de parcialidad en el fallo; la de que siendo de orden superior los intereses que luchan el resultado ruinoso de todo entredicho sería más irreparable, la de que siendo agentes de alta categoría los litigantes, sería mayor el escándalo y más notorio el atropellamiento.

Parécenos muy acertado el modo como Phillimore (1) divide las medidas del derecho activo de las naciones en:

I MEDIDAS TOMADAS VIA AMICABILI.

II MEDIDAS TOMADAS VIA FACTI.

En las primeras entran las reclamaciones, la discusión y los medios conciliatorios que se intenten; en las segundas las medidas coercitivas a que se crea necesario descender. Estas últimas pueden ser de carácter puramente coactivo, sin importar rigurosamente las hostilidades generales, o esen-

(1) Commentaries upon inter. law. Parte 9, Cap 1.

cialmente hostiles, produciendo la guerra; como aquellas no interrumpen el Estado de paz, hablaremos de ellas en este libro, y reservaremos a éstas para el libro 2.º

Objetos de una reclamación

3 — No puede ser objeto de una reclamación una prestación simplemente de orden moral; un deber de conciencia de parte de una nación, no la coloca en el forzoso caso de responder a una exigencia correlativa; por eso dijimos en los *Preliminares* párrafo 5.º que a una nación no se le pueden exigir todos sus deberes. Para motivar una reclamación es necesario tener una acción, un derecho correlativo de una obligación, y no es obligación sino lo que por ley natural o por convención se debe forzosamente (1). Del mismo modo en los litigios privados, nadie puede compeler a otro sino por una acción que el *jus civilis* autorice. Según esto podemos dividir las reclamaciones en dos clases: 1.ª Aquellas que se proponen la satisfacción de una obligación convencional 2.ª Aquellas que se proponen satisfacer una obligación originaria.

Excepciones que pueden oponerse a la reclamación por derecho convencional

4 — Cuando se exige una obligación en virtud de un tratado, no puede hacerse cuestión de ori-

(1) Phillimore, lugar citado

gen, ni ponerse en discusión el carácter de esa obligación; ella se presenta ya con una base definida en la convención; pero puede oponerse la excepción de ser exagerada la pretensión o de no ser ajustada al *casus foederis*. De manera pues, que aunque, la convención da una base cierta a la acción, no la hace perentoria, no excluye toda excepción y toda defensa.

Por esto dice Vattel ⁽¹⁾ muy bien “Ni uno ni otro de los interesados o de los contratantes tiene derecho de interpretar a su grado el acto o el tratado; porque, si vos sois dueño de dar a mi promesa el sentido que os plazca, seríais dueño de obligarme a lo que quisiérais contra mi intención y más allá de mis verdaderos compromisos, y recíprocamente, si me fuese permitido explicar a mi gusto mis promesas, podría hacerlas vanas e ilusorias, dándoles un sentido completamente distinto de aquel en que se hicieron y en que los aceptasteis”.

Aún en el caso pues, de reclamarse la obligación más definida entre las naciones, que es la convencional, cabe una excepción que hace indispensable la discusión, el *litigio*: tal excepción es la necesidad de *interpretar el tratado* ⁽²⁾ para constatar que es el *casus foederis* lo que se reclama, que es una de las verdaderas prestaciones convenidas en el tratado

(1) Lib 2, Cap 17, párrafo 265

(2) Conferencias sobre el Derecho Natural, Nros 170 y 171

Luego caracterizar esta primera clase de las reclamaciones internacionales, es dar algunas reglas para la interpretación de los tratados y convenciones.

Interpretación de los tratados

5 — Interpretar un tratado es descubrir su verdadero sentido, para deducir si el caso propuesto o exigido está comprendido o no en sus estipulaciones. Según esta definición y lo expuesto en el derecho natural como introducción a este curso, la interpretación puede ser *extensiva* o *restrictiva*. Es extensiva cuando la *razón suficiente y única de un tratado, es bien cierta y conocida, y se extiende una de sus disposiciones a los casos en que la misma razón es aplicable, aunque no estén literalmente comprendidos en el tratado* (1). Es restrictiva la interpretación, al contrario, *cuando se presenta un caso al cual no se puede aplicar absolutamente la razón bien conocida de una estipulación y se exceptúa por ello aunque, considerando solo el sentido literal, parece comprendido en dicha estipulación* (2).

Tratándose de interpretar leyes, que siempre tienen por fundamento razones generales, ambas interpretaciones tienen toda la latitud de esas mismas razones. Pero es menester recordar que tra-

(1) Vattel Lib 2, Cap 17, párrafo 290

(2) Idem, ídem, párrafo 292

tándose de convenciones no es lo mismo, porque en ellas no hay sino, una *razón especial*, la que movió el ánimo de los contrayentes; se deduce de aquí que toda interpretación extensiva o restrictiva debe girar sobre esa sola razón, y por lo mismo que, entre las naciones debe preferirse la que restrinja el sentido del tratado a la que lo amplíe.

Ahora, las reglas de interpretación son innumerables, por ser la materia inagotable; sería necesario un libro especial para abordarla de un modo completo, y un tino y experiencia muy superior, por ser peligroso encerrar en reglas generales, lo que es caso de mil circunstancias particulares y complicadas, que sería imposible prever. Nos limitaremos a coordinar las que principalmente traen los autores, tratando de metodizarlas en las siguientes clasificaciones. 1.^a clasificación: *Reglas que se deducen de la razón impulsiva de los contrayentes*. 2.^a clasificación: *Reglas deducidas de la redacción, estilo o costumbre*. 3.^a clasificación: *Reglas deducidas de la equidad*. De cada clase hablaremos en un párrafo separado.

Reglas deducidas de la razón impulsiva de los contrayentes

6 — En primer lugar tenemos que averiguar cual puede ser la idea precisa que expresa hoy esta frase: *razón impulsiva de los contrayentes*. Tratándose de individuos que contratan sobre sus propias cosas, es claro, *la voluntad de los contra-*

yentes es la ley del contrato; antes de la reforma constitucional de los pueblos, cuando el contrayente internacional decía "El Estado soy yo", sabida su voluntad, se sabía la mente de la ley y la razón del tratado. Pero hoy el legislador es una entidad moral, no es la voluntad de fulano y zutano que lo forma, sino la *única razón impulsiva* que puede razonablemente atribuirse a esa entidad, creada en beneficio del pueblo y *con el solo objeto de armonizar sus aspiraciones y hacer su dicha*. A tal entidad, no se le puede atribuir otra voluntad, otra razón que el bien y la justicia, así es que hoy se pondría en ridículo el que para probar la *mente* de la ley, viniese con los motivos personales de los que concurrieron a su sanción.

Ahora bien, tratándose de convenciones, hemos visto que se inician por el Poder Ejecutivo, se negocian por medio de diplomáticos por lo general y se ratifican por el legislador. En esta concurrencia de agentes, es muy probable que hayan muchas razones impulsivas, tal vez contradictorias, no pueden ser todas ellas la razón impulsiva del tratado, pero él debe tener una. ¿Cuál será? ¿Debemos buscarla en el iniciador, en el negociador o en el legislador que la ratifica? Si nos fijamos en que el acto que solamente da validez al tratado es la ratificación, claro es que la razón impulsiva del tratado, no hay que buscarla ni en el Gobierno que lo inicia, ni en el ministro que lo negocia, sino en el legislador que le da su sanción obligatoria.

Ahora bien, hemos visto que el legislador no

puede tener otra razón impulsiva para todos sus actos que el bien; esa entidad moral sólo tiene existencia para la felicidad del pueblo. luego, la razón impulsiva de todo tratado es el bien de la nación que lo estipuló.

No se confunda pues, la razón impulsiva con los motivos particulares del tratado, estos motivos son *la materia que se buscó en virtud de la razón impulsiva*, la una es la causa del tratado, los otros son sus efectos.

Pero como el tratado es un acto bilateral, lo que decimos sobre la razón impulsiva y los motivos de una parte, decimos de la razón impulsiva y de los motivos de la otra. He aquí como llegamos a una regla fija, cierta e inequívoca: "*El único modo de conocer la razón impulsiva de un tratado, es hallar el medio que concilie las conveniencias reciprocas de las dos partes*". Así, si en virtud de un tratado se exige a una nación un acto humillante, una ruina, un despojo, puede decirse: *esto es necesario interpretarse porque no ha podido estar en la razón impulsiva de los contratantes*. La interpretación se completa entonces con los motivos que es la materia o la limitación del tratado: Así por ejemplo, si en virtud de un tratado de navegación se viniese exigiendo *la jurisdicción en las aguas cuya navegación se concede o pacta*, se resolvería: 1.º Con que semejante humillación y perjuicio ha debido estar muy lejos de la *razón impulsiva* de los contrayentes; 2.º Con que, habiendo sido los motivos del tratado la libre nave-

gación de las aguas, materia distinta a la jurisdicción de las mismas (P. 3.^a) no pudo tenerse en vista el caso exigido, aunque de la redacción oscura del tratado aparezca así.

Cuando se conoce que los motivos del tratado eran *muchas ventajas*, hay que saber si se pueden exigir copulativa o disyuntivamente, cuando esto no está bien claro. Su razón impulsiva viene aquí a determinar el caso; si la conjunción de las ventajas es tan ruinosa para una parte que se pueda pensar que no pudo quererla, se resuelve por el sentido contrario; pero si esas ventajas son *indivisibles* de modo que una no pueda gozarse sin la otra, se entienden copulativas. Por ejemplo la nación A. concede a la nación B. la libre navegación del río C., anclaje, fondeadero y demás actos, y ésta pretende, en virtud de la concesión, no pagar derechos por esos actos expresados. Tal pretensión sería injusta, porque no ha podido ser la razón impulsiva, al acordar la libre navegación y actos necesarios a ella, acordar también todas las ventajas que se relacionan o pueden relacionarse con la navegación; si la nación B. no quiere pagar derechos tiene que abstenerse de los actos, que aunque permitidos, admiten la imposición de una contribución. Supongamos el caso contrario, que en el tratado se hablase sólo de la libre navegación, y fundándose en esa expresión, la nación A. tratase de impedir a la nación B. el derecho de arribar a sus puertos, de anclar, etc. Tal pretensión sería también injusta, porque la navegación sería ilusoria o perjudicial, no sería una ventaja,

sin comprender las ventajas accesorias, que deben reputarse copulativas. Supongamos aún, que la nación A. concediese a B. para tal o cual expedición, el tránsito de sus buques por el mismo río, o la libre navegación para ese objeto, y que, en virtud de tales palabras, la nación B. exigiese: primero el tránsito de la expedición y después la libre navegación como consecuencia de ella, tal pretensión sería injusta, porque la razón fue solamente que se pudiese realizar la expedición, y los medios de verificarla se deben entender expresados disyuntivamente: o el uno o el otro

*Reglas deducidas de la redacción,
estilo o costumbre*

7 — La interpretación no es sino una razón de necesidad, por lo tanto ningún derecho hay para interpretar lo que está claro, lo que encerrado en una redacción precisa, está bien determinado, así como tampoco hay razón para permitir nuevas declaraciones, cuando pudiendo haberse hecho, no se hicieron; tales pretensiones, lejos de constituir una excepción, sólo servirían para manifestar la mala fe de quien las opusiese ⁽¹⁾.

Sin embargo, el tratado escrito no es sino el signo permanente de la expresión del consentimiento y como signo no es la única prueba de la verdad “Vattel mismo enseña, dice Pinheiro-Fe-

(1) Vattel Lib 2, Cap 17, párrafos 263 y 264

“reira (2), que el acto escrito no es lo que constituye la obligación, que no es sino su signo exterior, y lejos de ser el solo por el cual se deba reconocer las intenciones de las dos partes, todos los hombres versados en la teoría y la práctica de los contratos, saben que frecuentemente constituye uno de los signos menos seguros del espíritu del contrato.

“Si la parte que se dice perjudicada pudiese probar por otros medios que el sentido del artículo es lo contrario de lo que significaría tomado a la letra, un *juri equitativo* no trepidaría en sacrificar una letra muerta a pruebas palpantes de verdad, capaces de formar la convicción en su espíritu”.

A pesar de tan filosófico razonamiento es menester convenir que solamente en casos muy especiales sería permitido dejar de considerar la letra del tratado, si no como la única prueba de él, como la más esencial; hoy que se ha desterrado de la diplomacia, lo que se llamaba antes *reservas mentales* (3), que eran ciertas ambigüedades deslizadas en la redacción del tratado y que se explicaban de ese modo, hoy que el lenguaje diplomático ha adquirido una precisión admirable, y que las naciones se respetan recíprocamente, la letra del tratado es algo más que letra muerta; el

(2) Nota a los párrafos citados.

(3) Vattel, Lib. 2, Cap 17, párrafo 275.

uso de los protocolos donde la discusión se detalla con difusión, todo contribuye a hacer de la redacción del tratado, la fuente más precisa de la interpretación.

El tecnicismo del derecho debe interpretarse *estrictamente* por cuanto un tratado se supone obra de peritos en la ciencia; lo que se expresa en lenguaje vulgar, debe apreciarse, no tanto por la etimología de las palabras, cuanto por el sentido usual.

Sobre todo hay una regla que no puede ser peligrosa para la apreciación del sentido oscuro de la redacción y es la siguiente: O el tratado es puramente convencional, o se propone elevar un deber moral a obligación, o una obligación originaria a pacto para definirse mejor. En el primer caso, la costumbre es una guía infalible; no hay sino tener a la vista los tratados análogos con otras naciones. Para este efecto las colecciones de De Cussy y Martens, Elliot, y recientemente de Carlos Calvo, tratados de las naciones Sudamericanas, son auxiliares convenientes. En el segundo caso, el progreso de las ciencias modernas, el Evangelio, no dejan un sólo deber moral que no lo demuestren. En el tercer caso el derecho natural y de gentes ha llegado a evidenciar las obligaciones principales. Para cada caso habrá pues, un cúmulo de precedentes históricos o filosóficos, ante cuyo torrente de luz no puede quedar oculta la verdad.

Reglas deducidas de la equidad

8 — Todos los publicistas están de acuerdo sobre que la equidad debe ser la base de toda estipulación, por lo tanto la guía de las interpretaciones, al extremo de abandonar aquel tratado que, por circunstancias imprevistas, llegase a ser inicuo entre los contratantes o contra terceras potencias (1).

Por consiguiente las reglas a este respecto se reducen a que debe ampliarse el sentido de todo lo que es favorable y restringirse lo odioso, entendiéndose por favorable, lo que es conforme a la libertad y a la moral, no precisamente lo que tienda a favorecer a una parte contra otra, como lo observa muy bien Pinheiro-Ferreira (2). Semejante inteligencia de la antigua regla de los maestros nos llevaría al extremo opuesto, a lo inicuo.

Pero no siendo la equidad una idea de obligación activa, no puede sacarse de ella argumento para obligar a una nación a mayores prestaciones; por el contrario debe servir para minorar las obligaciones activas.

La equidad es un argumento muy fuerte para *excusarse* y muy débil o nulo para *acusar*.

(1) Vattel, Lib. 2, Cap. 12, párrafo 159 Martens *Precis du droit de gens mod de l'Europe*, t. 1, párrafo 52, página 159 Pradier-Fodéré nota a dicho párrafo de Vattel y autores citados allí.

(2) Nota al párrafo 300, Cap. 17

Por lo tanto, parécenos contrario a la paz de las naciones y a la justicia, la doctrina de Vattel (3) de que debe interpretarse *extensivamente* las promesas puramente liberales, los beneficios, las recompensas, etc., porque no dependiendo ellas sino de la voluntad de la parte que *concede*, ninguna fuente más cierta de interpretación que esa misma voluntad, ni nada más conforme al deber de los Gobiernos que restringir liberalidades que sean como sean, ninguna ventaja producen para sus súbditos.

Además, tratándose de dictar reglas que eviten los litigios entre las naciones, se va al extremo opuesto, si el derecho concede acciones ultrapassando el límite de la necesidad preceptiva. ¿Dónde iríamos a parar si una nación pudiese ser incomodada por reclamaciones cuyo objeto fuese obligarla a ampliar sus propias concesiones?

Por eso hemos dicho que una reclamación no se justifica sino por una *acción*, por un derecho correlativo de una obligación, como los que llaman *perfectos* los autores

Ahora quedará también justificado lo que hemos dicho sobre el peligro de establecer reglas especiales de interpretación; es esto entregar armas, aunque para defender la justicia, que pueden volverse contra ella misma.

Quede pues, establecido que *lo favorable* se entiende siempre para la *liberación* de compromisos

(3) Lib 2, Cap 17, párrafo 310

y no para crearlos o agravarlos; y que lo *odioso* no es sino pretender aún a nombre de la equidad, obligar a una parte a la exageración de sus obligaciones o a exigir las en oportunidades en que ese cumplimiento puede ser más gravoso, sin que haya un motivo de extrema necesidad para esa exigencia

Esta doctrina, corolario de los principios expuestos en todo este libro, se justifica además con lo que dice Grocio (4) a este respecto: "Es favorable aquello en que hay *igualdad*, y que mira "la ventaja recíproca de las dos partes.. lo que "lleva a la paz es más favorable que lo que lleva "a la guerra, etc.". El error de Vattel consiste en haber aplicado a los tratados las mismas reglas de los contratos, lo que hemos demostrado (Parte Cuarta) que es absurdo.

Reclamaciones por otras obligaciones

9 — Las naciones entre si no solamente están obligadas por los tratados y convenciones que han celebrado, sino también por los preceptos de la justicia que forman el *jus gentium*. En la reclamación internacional de una de estas obligaciones indefinidas, lo primero que debe hacerse pues, es definirla, esto es: saber ciertamente si es en efecto una obligación o un simple deber moral que aunque debiera cumplirse, no se puede usar de coac-

(4) Lib 2, Cap. 16, párrafo 10

ción para que se cumpla: "Todos los que han escrito sobre el derecho natural, dice Zulzer (1), filósofos o jurisconsultos, han notado que los deberes innatos del hombre son de naturaleza muy distinta. Han descubierto que la obligación de cumplir ciertos deberes es tan perfecta y tan bien constatada, que en caso de negarse, se podría obligar a cualquiera que lo hiciese, aún por la fuerza a llenarlos, otros deberes les parecía de una obligación menos perfecta y de ningún modo sujetos a coacción, creyendo que la observación de estos deberes debía estar confiada a los sentimientos y a la buena voluntad de cada uno. Por poco que se reflexione en esto, se verá por ejemplo que cada uno está en la obligación muy perfecta de devolver a otro lo que le ha prestado, al punto de poder el acreedor perseguir ante la justicia a su deudor, o aún (suponiendo a los hombres independientes de la sociedad civil) quitarle a la fuerza lo que le debe. Por otra parte todos convendrán en que, no puede obligarse de la misma manera a uno a que haga un servicio a otro o una caridad por más necesidad que de ella tenga y por más facilidad de hacerla que tenga el otro". Sigue el autor expresando las ambigüedades en que generalmente se incurre en estas distinciones, en lo cual le hallamos razón, pues la clasificación de obligaciones perfectas e imperfectas, a más de no

(1) Recherches sur un principe fixe qui serve a distinguer les devoirs de la moral de ceux du droit naturel.

demostrar por si misma una regla para distinguir-las, tiene el defecto de desprestigiar la obligación verdadera, suponiendo casos en que no obliga.

Nuestro autor concluye estableciendo para las naciones esta regla: "Para saber si una obligación "exigida a una nación, es tal y no un simple deber moral, debe saberse ciertamente: 1.º *que lo que se exige es para quien lo exige un deber al cual no puede o no debe renunciar*, 2.º *que sea un deber, de parte de quien se exige, acordarlo*". Así pues, la nación reclamante llena un deber en reclamar su derecho, si la otra tiene también un deber de satisfacerlo. De este modo el uso necesario de las cosas comunes, las injurias que perjudican, etc., son motivos de reclamaciones, que si se desatienden, autorizan a la vía de hecho.

La reclamación de los Estados Unidos a Gran Bretaña sobre la navegación del río San Lorenzo, puede servirnos de ejemplo; como es sabido la parte superior de este río baña territorios de los primeros, mientras que la embocadura la ocupa la segunda. El Gobierno norteamericano fundaba su reclamación en el derecho natural y en la necesidad y el Gobierno inglés ponía en duda que el derecho alegado por aquel fuese una obligación perfecta de su parte; pero tal argumento se desvaneció exponiéndose que Gran Bretaña no podía ni debía impedir la navegación en el mar cuyos derechos son comunes, y por consiguiente el tránsito a él por el río que une ese mar al interior del territorio; que la importancia de esa comu-

nicación era tal que constituía un deber para el Gobierno americano reclamarla, y otro deber para el inglés concederla, y que por lo tanto era una obligación perfecta la que se exigía (2).

Cuando se ha definido así la obligación que se reclama, debe reconocerse con la misma fidelidad con que se reconoce una obligación convencional.

Efectos de las reclamaciones

10. — Las reclamaciones pueden concluir con el reconocimiento de la obligación que se reclama terminando así el litigio, y consignándola por lo general en un tratado o convención. Así terminó la reclamación del Gobierno norteamericano con España sobre la navegación del Mississipi, cuando ésta poseía su parte superior; pero como puede suceder que no pueda establecerse con bastante claridad el caso o que la rivalidad de dos naciones les haga desconocer sus propias obligaciones, el litigio no puede dirimirse a veces por la sola discusión, por la transacción espontánea en que cada parte ceda algo de sus derechos en beneficio común y en obsequio a la paz, o por un tratado que bajo una base de equitativa reciprocidad, venga a definir esas obligaciones inciertas, objeto del conflicto.

(2) Wheaton Hist. de los pr. del Derecho de Gentes, 4º Período, pág 186.

En este caso la vía de hecho es casi indispensable, pero aún es un deber tentar antes otros medios conciliatorios, de los cuales hablaremos en seguida.

Medios conciliatorios

11 — Los medios conciliatorios pueden ser de muchas clases; todo expediente que se proponga por las mismas naciones, o por una tercera, con el fin de evitar un rompimiento es un medio de conciliación.

En este último caso, esto es, cuando la proposición la hace una tercera potencia, enviando sus ministros al efecto o interponiendo de algún modo su influencia amistosa entre ambos litigantes, el medio se llama *mediación*.

No hay una obligación perfecta de aceptar la mediación ofrecida, pero indudablemente la cortesía exige, que en caso de desecharse se den razones suficientes. Como la mediación es un oficio amistoso interpuesto por una potencia ajena al conflicto y amiga de las que litigan, sería absurdo que pretendiese mediar una nación cuyas relaciones no estuviesen, con alguna de las expresadas, en muy buen pie de acuerdo; pues, o se supone de mala fe la mediación o inútil; si tal caso ocurriese, debería empezarse por arreglar primero, las diferencias de la mediadora, para quedar en situación de poder ejercer esos oficios imparciales.

Los mediadores no son jueces, son amigos; de aquí se deduce que es de su deber oír las pretensiones de una y otra nación, sin inclinarse por unas, aunque les parezcan más justas que las otras, y sin hacer imposiciones, pues entonces la mediación se convertiría en *intervención*.

La mediación no importa garantía del resultado; solamente cuando de un modo expreso se estipula y se acepta es que existirá la garantía de los mediadores.

Tampoco hay obligación de aceptar el parecer de estos, porque como hemos dicho, no son jueces, y porque el mero hecho de aceptar la mediación no autoriza a juzgar que se aceptará el resultado (1).

Del arbitraje

12 — Del mismo modo que sucede entre los particulares, una nación puede invitar a otra a someter sus diferencias al juicio de *árbitros*, escogiéndose estos entre los gobiernos amigos de ambas. La aceptación de este medio conciliatorio es un deber de pura conciencia y puede rechazarse cuando se tiene la seguridad del derecho y de la justicia (1); en caso de aceptarse, los principios que rigen el arbitraje son los mismos que los del derecho común, en cuanto se refieran a los deberes de los mismos árbitros.

(1) Bello. P. 1^a, Cap 11, párrafo 1.º.

(1) Phillimore Commentaries upon intern. law P. 9.^a Cap. 1.º.

Para la validez de la decisión y para que ella se de con arreglo a la cuestión, se firma el compromiso, en la misma forma que un tratado; así pues un ministro diplomático no puede comprometer en árbitros una cuestión si no tiene instrucciones especiales y plenos poderes para celebrar ese compromiso.

En el caso en que los árbitros se hayan expedido con arreglo al compromiso, las naciones tienen un deber de conciencia para aceptar ese resultado, pero puramente de conciencia y pueden por lo tanto redargüirlo de inicuo o de nulo; pero una vez homologado, o aceptado por ambas partes el fallo de los árbitros, hay un deber perfecto, una obligación estricta en cumplirlo ⁽²⁾, pero no toca a los mismos árbitros compeler por sí a la nación desidente a que obedezca su precepto, porque no son jueces que tengan jurisdicción para ello, sino amigables componedores que se limitan a resolver un caso de duda para que puedan aprovecharse de su resolución, por eso dice Bynkershoek que esto sería una intervención por parte del árbitro y que las intervenciones forzosas, aún con el pretexto de paz, violan la justicia internacional ⁽³⁾.

El arbitraje fue muy usado en la edad media, pero cayó en desprestigio por el mal uso que se hizo de él y la ineficacia con que se presentaba; sin embargo es un medio muy conveniente para

(2) Vergé nota al párrafo 176 de Martens, p. 20.

(3) *Questiones Jus Publicum*, t. 1, Cap. 25, párrafo 10.

definir una obligación incierta y hoy que el progreso ha hecho que las naciones respeten más sus compromisos, ha vuelto a usarse con éxito. En la cuestión anglo-brasileña, suscitada en 1863 con motivo de las represalias ejercidas contra buques brasileños por los de S. M. Británica, el asunto se sometió al arbitraje del Rey de los Belgas, quien falló en favor de Brasil, respetándose esa decisión.

De la vía de hecho

13. — La vía de hecho, queda pues, reservada para cuando la reclamación, ha sido inútil y la conciliación imposible. Entre los animales el hecho es todo, su falta de razón les excusa el uso de la fuerza, como único medio; pero entre los hombres, la razón es todo, el hecho mismo debe ser razonable y consecuencia de los mismos razonamientos. Tratando de dar reglas para la *gente* (*jus gentium*) y no para las bestias, el principio es un *axioma*, no hay que probarlo ni discutirlo.

Pero el hecho puede ser *interno* o *externo*; esto es, puede tomarse para surtir efecto dentro de los límites territoriales de la nación, o al contrario, dirigido directamente contra otra nación.

Hemos dicho que los simples deberes morales no autorizan en su infracción una expresa reclamación; pero puede convenir a una potencia garantizarse de alguna manera contra esas infracciones de las cuales, si bien no tiene *acción* para reclamar, tiene derecho a contrarrestar con sus pro-

pios medios, dentro de su territorio y usando de su dominio eminente, jurisdicción e imperio. Estos medios que una nación emplea así, para resguardar a sus súbditos de la infracción de deberes morales por parte de otra, se llaman *retorsión*. Por eso Phillimore (1) la define así:

“La vindicación de la equidad (*comity*) ofendida por el *jus iniquum* de un Estado, con medidas opuestas”; porque según opina el autor, la violación de la equidad o de los derechos de buena vecindad no es un justo motivo de guerra, y apoyándose en Kluber, concluye que en estos casos debe oponerse la *retorsio legis et juris*, buscándose la reparación del agravio, en la reciprocidad del procedimiento de parte del Estado agraviado contra el que agravió.

Sin embargo el derecho moderno no autoriza la retorsión sino en cuanto se mantiene en los límites de una justa contraposición política, como por ejemplo, recargando los impuestos, trabando el comercio de la nación que tal cosa hiciese contra otra; pero no en cuanto importase un *talión*, o una barbarie igual a la cometida contra ella.

- 1.º Porque después del cristianismo el talión no puede mirarse sino como una infracción de la ley natural; el evangelio responde por nosotros.
- 2.º Porque la ofensa que motivase o diese lugar a talionarse un hecho, daría lugar a reclamar, *no sería la infracción de un simple deber sino de una*

(1) Lugar citado arriba

ley natural, de una obligación que daría acción para reclamar reparaciones. 3.º Porque la retorsión es sólo para la infracción de aquellos deberes que no autorizan una reclamación, como la mayor o menor franquicia del comercio, etc. Por eso dice Kluber que el talión está fuera del derecho de gentes y Pradier Foderé (2), que debía haber agregado: y fuera de la civilización.

De las represalias

14. — La retorsión de que hemos hablado en el párrafo anterior, no es un estado de entredicho, sino un estado difícil que se estrecha calculadamente para venir a una convención, en la cual se establezca una reciprocidad útil y cristiana.

Pero en el caso en que ha habido litigio y que tanto él como los medios conciliatorios han sido inútiles, está constatada la *denegación de justicia*, denegación que autoriza la vía de hecho, no ya en el carácter interno de la retorsión, sino en un carácter externo y efectivo. Estos hechos se llaman *represalias*. Vattel (1) los define: *los medios usados de nación a nación para hacerse justicia por si mismas, cuando de otro modo no la pudieron obtener*. Wheaton halla exacta esta definición, haciendo notar que ella envuelve la condición de que se hayan agotado antes los medios amigables.

(2) Nota al párrafo 339, Cap. 18, Lib 2 de Vattel.

(1) Lib. 2, Cap. 18, párrafo 342.

La retorsión se distingue de las represalias en que estas sólo deben tener lugar cuando se causa agravio a los derechos *stricti juris* de un Estado, y que pueda repararse por el empleo de alguna fuerza, aunque no deje de ser conciliable con el mantenimiento de relaciones pacíficas (2). Se diferencian también en que las represalias importan *aprehensión (detentatio)* de alguna cosa, como la misma palabra lo indica.

Las represalias no deben importar sino un hecho sólo que se consuma, con el objeto expresado; esas represalias generales e *indefinidas* de que hablan algunos autores, esas *cartas de marca*, o autorizaciones que se dan a súbditos particulares, es hoy el verdadero estado de guerra, y en una forma en que ya no lo autoriza el derecho moderno positivo. Así también lo considera Phillimore, de modo que la definición precisa de las represalias podemos formularla del modo siguiente:

“Un hecho por el cual una nación se apodera de una cosa corporal o incorporeal de otra nación, para hacerse justicia por sí misma o para obligarla a que le haga justicia, no habiendo producido resultado los medios de la vía amigable”.

Por consiguiente se requiere para que haya represalias. 1.º Apoderamiento de algo, de un buque, de una plaza o de una renta. 2.º Que no se arres-ten las personas, ni se les moleste. 3.º Que no sea con ánimo de conquista, sino con ánimo de que se haga justicia. 4.º Y esencialmente que esté

(2) Phillimore, P 9, Cap. 1.º

constatada evidentemente la denegación de justicia que motiva la represalia.

La represalia es odiosa y debe restringirse; sería un empeño manifiesto de conquista o de otras miras, ocupar todo un territorio o cosas o rentas valiosas, por un derecho de poca importancia. La ocupación de las islas de Chíncha por el Gobierno español, en 1864, no pueden considerarse represalias. 1.^o Porque no se ha constatado la denegación de justicia. 2.^o Porque la renta de esas islas es excesivamente mucho más considerable que el derecho que se reclama. Además de los actos agravantes que acompañaron la ocupación de esas islas.

Los griegos llamaban *androlepsia* estas mismas represalias cuando recaían sobre las personas. Hoy no se justifican, así como al hablar de los tratados (Parte Cuarta) dijimos que no podían darse rehenes en garantía, con mayor razón diremos que no pueden tomarse por vía de reparación. "Si es irracional, dice Pinheiro-Ferreira (3), querer justificar el apoderamiento de los bienes del ciudadano para resarcirse del daño que haya causado su Gobierno, u otro individuo de su nación, mucho más lo es sostener que se puede tomar personas pertenecientes a esa nación .. Los griegos conocían esta clase de represalia que llamaban *androlepsia* y que era autorizada por sus leyes. Pero ¿qué prueba esto? ¿Se ignora acaso que ese pueblo unía al refinamiento de una ci-

(3) Nota sobre el párrafo 351, Cap. 18, Lib. 2 de Vattel.

“vilización corrompida los hábitos groseros de la “barbarie?” Phillimore dice también que las represalias, aunque pueden afectar a las personas indirectamente, *no se han extendido en los tiempos modernos sino a los bienes*. Es que el autor no previó el caso del Almirante Pinzón en las islas de Chíncha, ni este almirante tuvo presente que Vattel, escribiendo en el siglo XVII, no es la doctrina admitida en el siglo XIX.

Tenemos pues, que los autores modernos rechazan los rehenes tomados por represalias, que muchos rechazan aún el apoderamiento de bienes particulares de los ciudadanos pacíficos. Tal es nuestra opinión.

El uso de las represalias debe ser arreglado al objeto que les hemos demarcado: O se retienen hasta que se haga justicia, y entonces es como una prenda que voluntariamente se hubiese dado y se rige por los principios del caso, esto es: se conserva la prenda en resguardo y sin menoscabo de los derechos de la nación contra quien se tomó. O se vende, adjudica o usa hasta extinguir la deuda o reparación debida según juicio dado por tribunales competentes, según la cosa objeto de la represalia, y entonces es un *embargo* ⁽⁴⁾ (*Saisie*).

Con estos resultados puede concluir el litigio, y las relaciones amistosas continúan, pero por lo ge-

(4) Kent, Sec. III, p. 61.

neral la violencia de las represalias, la injuria que causan, motivan una declaración de guerra. Entonces la *vía facti* toma un carácter particular, y por esa razón le consagraremos especialmente el libro siguiente.

NOTA

Esta obra es propiedad del que firma, que se reserva los derechos que la propiedad incluye.

El retrato del autor que aparece al frente de la obra, es un obsequio con que el Sr. D. Lucio Rodríguez y el que suscribe desean demostrar al escritor nacional la alta estima en que le tienen, interpretando a la vez los deseos del público, amante de las letras, y justo apreciador de la instrucción y del talento.

Acaso la susceptibilidad del joven autor de las "Conferencias sobre el Derecho Natural", "Idea de la perfección humana", y "Curso elemental de Derecho de Gentes", se hiera por esa manifestación ingénuo que en nombre de todos nuestros compatriotas le presentamos, pero el Dr. D. Gregorio Pérez Gomar no puede ni debe dejarse arrastrar por los impulsos de su modestia característica. Campeón de nobles y generosas ideas, la Patria reclama el auxilio de su clara inteligencia y le señala el camino de la gloria.

AGUSTIN DE VEDIA